J. germ 87 al

Heusler

42 ff

2 f, 19, 25 f, 50 ff, 115 ff, 123 ff, 359, 419 ff, 470 ff

Die Gewere.

Von

Andreas Heusler
Professor zu Basel.

Weimar,
Hermann Böhlau.
1872.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

AN

KARL BINDING

UND

GUSTAV HARTMANN.

Quî potest esse vita vitalis, quae non in amici mutua benevolentia conquiescat? Quid dulcius quam habere quîcum omnia audeas sic loqui ut tecum? Quis esset tantus fructus in prosperis rebus, nisi haberes qui illis aeque ac tu ipse gauderet?

Vorwort.

Albrechts Buch über die Gewere übt bis auf den heutigen Tag einen räthselhaften Zauber und eine geheimnissvolle Macht. Denn so viel auch allseitig dem von ihm aufgestellten Princip widersprochen wird: sobald es sich darum handelt, eine andere Theorie an die Stelle der seinigen zu setzen, geräth man unwillkürlich wieder auf denselben Boden und sagt im Grunde dasselbe oder doch Aehnliches mit etwas andern Worten. Noch die allerneuesten Werke mit seltenen Ausnahmen trennen sich nicht von der Ueberzeugung, dass Gewere nicht nur Besitz, sondern auch Besitzrecht sei, mit welchem der Schutz des dinglichen Rechts, das Klagrecht in irgend welcher Weise zusammenhänge. Und nicht nur Deutschland steht unter dem Druck dieses merkwürdigen Buches, sondern auch Frankreich.

Seitdem Klimrath seinen französischen Fachgenossen verkündet hat, dass man der savante et laborieuse Allemagne nicht nur das massgebende Werk über die römische Besitzlehre, sondern auch die Aufklärung der deutschen Besitztheorie verdanke, und die Resultate Albrechts auf die französische Saisine übertragen hat, befindet sich auch die französische Jurisprudenz unter dem Banne von Albrechts Buch, und selbst der Widerspruch neuerer Gelehrter (z. B. Alauzet, Parieu) gegen Klimrath hat so wenig eine annehmbare Theorie an die Stelle der alten gesetzt, dass noch der (so viel ich sehe) neueste Schriftsteller über saisine, Thiercelin, seinen Aufsatz de la saisine coutumière (in der Revue critique de législation, tome XXXVII, p. 80 ss.) mit dem Geständniss eröffnet: L'ouvrage de Klimrath à certains égards ne laisse rien à dire après soi.

Woher dieser Zauberbann eines Werks, unter welchem sich niemals irgend Jemand wohl und heimisch gefühlt hat? Homeyer giebt den Schlüssel, wenn er sagt, man rüttle so ungern an Albrechts kunst- und sinnreichem Gebäude. In der That hat Albrecht vor Allem, was seit ihm über die Gewere ist geschrieben worden, den Vorzug einer in sich abgeschlossenen Theorie, eines künstlerisch gestalteten Systems voraus, und darin liegt seine Stärke. Ja, es ist ihm nicht nur nie eine Theorie entgegengestellt worden, die als solche auch nur annähernd den Vergleich aushielte, sondern es hat auch einer der geachtetsten Schriftsteller über unseren Gegenstand, Stobbe, an Aufstellung einer solchen geradezu verzweifelt, wenn er sagt:

„Wir müssen alle vorschnellen Abstractionen vermeiden, selbst wenn auf diesem Wege kein einheitliches Resultat zu erlangen wäre. Denn bei einem Gegenstande von wesentlich historischem Interesse kommt es mehr darauf an, getreu Dasjenige, was die Quellen berichten, zusammenzustellen und soweit es möglich ist, mit einander zu vereinigen, als ein einheitliches System zu schaffen, welches weniger auf gewissenhafte Quellenforschung als auf allgemeine Anschauungen gegründet wird." Soll damit nur gesagt sein, es sei besser gar kein System aufzustellen, als ein verkehrtes, so möchte wohl Niemand widersprechen; ist aber die Meinung die, dass in Sachen der Gewere eine gewissenhafte Quellenforschung mit einem einheitlichen System nicht vereinbar sei, d. h. die Gewere sich gar nicht systematisch darstellen lasse, so möchte die vorliegende Arbeit, für die ich mir wenigstens die Anerkennung gewissenhafter Quellenforschung glaube vindicieren zu dürfen, den Beweis des Gegentheils zu liefern versuchen.

Aber was für einen Werth haben denn diese immer erneuerten Untersuchungen über die Gewere? Ich weiss es, man ist dieses Gegenstandes herzlich überdrüssig geworden, man ist misstrauisch gegen neue Darstellungen desselben, weil man sich schon zu oft getäuscht gefunden hat, man möchte die Sache am liebsten auf sich beruhen lassen, zumal da sie directen practischen Werth nicht anspricht. Selbst Stobbe, vielleicht im Gefühl seines eigenen Scheiterns an der Klippe der Gewere, zweifelt das Interesse an, „welches

die Lehre von der Gewere — ob mit Recht oder mit Unrecht — noch immer besitzt" (krit. Vierteljahrsschrift, Bd. XI (1869) S. 249). Mir will es scheinen, dass wie die Sache einmal liegt, d. h. bei der durch Albrecht hervorgerufenen Verfahrenheit der Doctrin, es von höchstem Interesse ist, über die Gewere endlich einmal ins Reine zu kommen, nicht nur von allgemein rechtshistorischem, sondern von speciellem Interesse für die academische Erziehung unserer juristischen Jugend. Wir Universitätslehrer dürfen uns nicht mehr zu Schulden kommen lassen, unsern Schülern das Mährchen von einem im Sachenrecht spukenden Kobold, der selber kein dingliches Recht sei, aber die dingliche Klage erzeuge (Albrecht), von dem nicht zu völliger Klarheit durchgedrungenen Gegensatz zwischen dinglicher Rechtsordnung und Schutz der thatsächlichen Herrschaft (Bluntschli), von dem Mangel einer Erkenntniss der innern Natur der dinglichen Rechte und Substituierung der Anerkennung des factischen Resultats (Gerber), von einer alle Verhältnisse zu Sachen vom blosen Inhaben selbst ohne Recht bis zum Rechte an einer Sache auf Grund eines Rechts umfassenden allgemeinen Bezeichnung (Schulte) u. s. w immer von Neuem aufzutischen. Mit dergleichen discreditieren wir das deutsche Recht und pflanzen eine berechtigte Abneigung gegen dessen Studium. Ich möchte gern dazu beitragen, dass eine annehmbare Theorie zur Geltung gelange.

Die schon vor einer langen Reihe von Jahren begonnene Arbeit hat sich durch vielfache Hemmnisse

anderweitiger Thätigkeit verschiedenster Art mühsam zu ihrer heutigen Gestalt durchgeschlagen. Als das erste Buch über die fränkische Zeit ausgearbeitet war, erschien Labands schönes Buch über die vermögensrechtlichen Klagen. Was dort über die Gewere theilweise ausgeführt ist, traf in den Grundgedanken so sehr mit meinem Resultate zusammen, dass mein erster Eindruck war, ich sei weitern Arbeitens enthoben, indem sich auf Grund von Labands Darstellung von selbst die richtige Würdigung der deutschen Besitztheorie ausbilden werde. Das ist nicht geschehen, die seither erschienenen Lehrbücher wenigstens sind auf dem alten Flecke geblieben. Sollte auch hier der Grund sein, dass Labands Darstellung der Gewere sich zu wenig als ausgeführtes System dargiebt? Genug, ich entschloss mich, diese Arbeit nachfolgen zu lassen.

Das Buch ist umfangreicher geworden als ich gewünscht, und doch entspricht es keineswegs meinem ursprünglichen Plane, nicht nur nicht hinsichtlich der höchst fragmentarischen Behandlung des dritten Buchs, sondern auch nicht in der Darstellung des specifisch deutschen Rechts. Als ich das Anwachsen des Buchs bemerkte, beschränkte ich mich in mehreren Partien auf das Nothwendigste. Bei der Correctur sind mir in dieser Hinsicht einige Ungleichheiten aufgefallen, die nachträglich zu verbessern nicht mehr möglich war. Wiefern ich in dem Mass der Kritik früherer Ansichten den richtigen Weg eingehalten, darüber lässt sich vielleicht auch noch streiten. Im Ganzen war ich bestrebt, durch meine eigene Auffassung und Darstellung

indirecte Kritik zu üben. Ist meine Anschauung der Sache überzeugend, so ist die Kritik überflüssig; übt sie aber diese Kraft nicht, so ist auch mit der Kritik nichts Rechtes gewonnen. So habe ich mich einer einlässlichen Polemik gegen die bisher aufgestellten Theorien enthalten, und blos gelegentlich andere Ansichten berührt, ohne zu verkennen, dass ich damit dem einen Leser noch zu viel, dem andern zu wenig gethan habe.

Basel, am 10. September 1872.

A. Heusler.

Inhaltsverzeichniss.

Erstes Buch.
Die fränkische Zeit.

Erstes Capitel.
Traditio und investitura.

§. 1. Aeusserliches Verhältniss beider 1

Gewere = investitura 1. Vorkommen der investitura 2. Ursprünglich sind traditio und investitura dasselbe 6, nämlich Uebertragung des Guts auf den Erwerber an Ort und Stelle 9. Gerichtliche Auflassung nur nöthig zur Erlangung einer Urkunde 10, welch letztere zur firmatio, Sicherung des Beweises dient 15. Die Vergabungen an die Kirche rufen die Scheidung von traditio und investitura hervor 17. „Symbole" der Investitur 20. Traditio ist der Abschluss des Rechtsgeschäfts, investitura die Besitzeinweisung. Jene geht dieser meistens, doch nicht immer, voraus 23.

§. 2. Rechtliche Wirkung von traditio und investitura . 24

Verschiedene Ansichten 25. Unrichtiger Ausgangspunct derselben 28. Die Wirkung der traditio gegen den Veräusserer selbst ist dessen Pflicht zur Vollziehung der investitura 29. Wirkung gegen Dritte: der nicht investierte erste Erwerber gewinnt dem investierten zweiten das Gut ab 30. Erklärung von XVI, 11 legis Baiwar. 31. Urkundenbelege 33. Der nicht investierte Erwerber hat gegen den Erben des Vergabenden keinen Anspruch auf Investitur 41. Der Grund davon liegt nicht im Einspruchsrecht der Erben gegen Veräusserungen 43, sondern in der beschränkten Haftpflicht des Erben für Verpflichtungen des Erblassers 47.

Zweites Capitel.

Die Gewere.

§. 3. Begriff der Gewere 50

Gewere gleich Besitzeinweisung, dann Besitz selbst 50. Der Eigenthümer hat die Gewere, auch wo er das Gut verliehen hat, durch das Mittel des Zinsbezugs, der Nutzung 51. Doch auch dem Precaristen (Beneficiar) wird zugleich eine Gewere zugeschrieben 53. Vergleich mit dem römischen Rechte 58. Gleiche Ausgangspuncte des römischen und des deutschen Besitzrechts 59. Verschiedenheit der Entwicklung 61. Motive derselben 63. Gewere an Fahrnis 65.

§. 4. Erwerb und Verlust des Besitzes 66

Erwerb des Besitzes von Fahrnis 66. Erwerbsarten beim Immobiliarbesitz: Occupation 66. Besitzübergabe 67. Erbgang 68. Gerichtsspruch ist nicht Erwerbsart 69. Theoretisches Resultat 70.

§. 5. Schutz des Besitzes 71

Unrichtige Ansichten über die Bedeutung der Gewere für das Processrecht 72. Der altdeutsche Process bei Immobiliarklagen. Der Verklagte beschwört seinen rechtmässigen Besitz 74, solang nicht der Kläger eine diese Rechtmässigkeit elidierende Thatsache behauptet und beweist 76. Von Ueberbieten mit stärkerem Recht ist keine Rede 79. Dreissigjähriger Besitzstand sichert den Beklagten auch gegen die Anfechtung der Rechtmässigkeit seines Besitzes durch den Kläger 80. Ausbildung des dreissigjährigen Besitzes im langobardischen Recht 82. Altdeutsches Princip der Beweisführung in Processen um Liegenschaften 86. Die „rechte Gewere“ ist in fränkischer Zeit noch nicht nachweisbar 88. Princip des Mobiliarprocesses 91. Possessorisches Verfahren behufs Feststellung des Besitzstandes 92, bei Dejection 95, bei zweifelhaftem Besitzstande 100. Das Verfahren bezweckt nur Feststellung der Parteirollen für den Process über das Recht an der Sache 105, und ist daher oft mit der Cognition über das Recht selbst vermischt 96, 103. 106. Vergleichung mit dem römischen Recht 106.

Zweites Buch.

Das deutsche Mittelalter.

§. 6. Vorbemerkung 109

Mangelhaftigkeit der theoretischen Ausbildung der Besitzlehre im deutschen Recht 110. Würdigung der Quellen 111. Anordnung der Darstellung 113.

Erster Abschnitt.

Die Gewere an liegendem Gut.

Erstes Capitel.

Begriff der Gewere.

§. 7. Im Allgemeinen. 114

Gewere im Sinne von Detention 114, im Sinne von juristischem Besitz 115. Das Kennzeichen der Gewere als des juristischen Besitzes ist die Nutzung des Guts 115. Darum hat keine Gewere der Verwalter 117, der Lehnsvormund 118, der Miether 119. Diese sind nur Stellvertreter im Besitz 120.

§. 8. Gewere nach Land-, Lehn-, Hofrecht 121

Die verschiedenen Rechtskreise des Land-, Lehn-, Hofrechts erzeugen wie mehrfaches Eigenthum, so auch mehrfachen Besitz 122. Gewere im Land- und Lehnrecht 125. Gewere im Hofrecht 126. Wirksamkeit der Gewere innerhalb eines einzelnen Rechtskreises 130. Gewere des Lehnsmanns am Lehn im Landrecht 135. Gewere des Zinsmanns am Zinsgut vom Landrecht ausgeschlossen 137. Gewere im Stadtrecht 142.

§. 9. Ledigliche und hebbende Gewere 144

Ledigliche Gewere ist der durch directe Einwirkung auf die Sache geübte Besitz 144. Die hebbende Gewere entspricht der römischen civilis possessio, dem juristischen Besitz 146, wird also auch (gleichbedeutend mit gemeiner, bloser Gewere) dem titulierten Besitz entgegengesetzt 147.

§. 10. Eigenliche Gewere, Lehnsgewere, Zinsgewere u. s. w. 149

Die Gewere wird näher umschrieben je nach dem Rechtstitel, auf den sich der Besitz gründet, ihr Wesen und ihr rechtlicher Inhalt sind aber immer dieselben 149. Sie hat keinen Einfluss auf das Recht an der Sache, sondern ist nur Wirkung desselben 151. Sog. Gewere zu rechter Vormundschaft 152. Leibzuchtsgewere 158. Gewere an der Morgengabe 159. Ergebnisse des ersten Capitels 160.

Zweites Capitel.

Erwerb und Verlust der Gewere.

§. 11. Besitzeinweisung 163

Traditio und investitura der fränkischen Zeit erscheinen wieder in der „Gabe“ und der „Beweisung“ 163. Letztere begründet die Gewere des Erwerbers 165. Das dreitägige Sitzenbleiben auf dem Gut hat

keine Beziehung zum Erwerb der Gewere 168. Bedeutung des lediglichen Besitzes von Jahr und Tag Seitens des Oberherrn 169.

§. 12. Erbgang 172

Der Satz, dass der Erbe sofort mit des Erblassers Tod die Gewere erwirbt, steht in den ältern Landrechtsbüchern nirgends deutlich 172, ist aber nicht zu bezweifeln 173. Sein Umfang im Lehnrecht 174. Die Zweifel an seiner gleichmässigen Geltung im Lehnrecht nicht berechtigt 176. Anders beim Gedinge 179. Practische Aeusserung und Wirkung der Erbschaftsgewere 181. Complication des Magdeburger Rechts 183.

§. 13. Ist Gerichtsspruch (Auflassung) Erwerbsgrund? 186

Verschiedene Fälle, die zu richterlicher Besitzeinweisung führen 187. Adjudication eines eingeklagten Guts giebt noch nicht die Gewere, sondern erst die richterliche Einweisung 188. Uebergang der Gewere mit der Adjudication wäre zwecklos gewesen 190. Spätere Stadtrechtsquellen stehen damit nicht im Widerspruch 192. Ebensowenig Ssp. Lehnr. 39, §. 1 u. 3. 197. Im Contumacialverfahren bedarf es gleichfalls der Einweisung zum Erwerb der Gewere 201. Nicht anders bei executionsweiser Zuerkennung einer Sache an Zahlungsstatt 203.

§. 14. Ergebniss für die theoretische Construction . . 205

Die Gewere wird nur durch Besitzübergabe und Erbgang erworben 205. Inwiefern liegt in der Erbschaftsgewere eine Fiction 206. Vergleichung mit dem römischen Recht 208.

Drittes Capitel.

Wirkungen der Gewere.

§. 15. Im Allgemeinen 210

Verhältniss von Besitz und Fruchtbezug 211, resp. Pfändungsrecht 212. Uebergang der Gefahr der Sache mit dem Besitzerwerb 215. Entwicklung dieses Princips im Magdeburger Recht 216. Fruchterwerb des gutgläubigen Besitzers 217.

§. 16. Wirkung der Gewere in Processen um Gut . 219

Verbot eigenmächtiger Besitzabgewinnung 219. Klagen um Gut sind gegen den in der Gewere Stehenden zu richten 221. Complication bei mehrfacher Gewere 222. Gang des Processes 224. Der Beklagte beschwört selbsiebent seinen Besitz als auf Rechtstitel beruhend, wenn Kläger diesen Titel nicht mit einer erheblichen Thatsache angreift 228. Formulierung des Beweisthemas 230.

§. 17. Rechte Gewere . . . , ... 237

Zweifelhafter Ursprung derselben 237. Leitender Gedanke 240. Erfordernisse: Unterlassung eines Einspruchs in der Regel während Jahr und Tag 241. Wirklicher Besitz des zu Schützenden 241. Auflassung nach Magdeburger Recht. Beweis der rechten Gewere selbsiebent 243. Unstatthaftigkeit dieses Beweises 245. Die Pflicht des Königs, Fahnlehn innert Jahr und Tag wieder zu verleihen, hat mit der rechten Gewere nichts zu schaffen 247. Nach dem Beweis der rechten Gewere beschwört der Besitzer mit seinem Einhandseide seinen rechtmässigen Besitz 248. Wirkungslosigkeit der rechten Gewere in Bezug auf andere Rechte am Gut 249. Ebenso zwischen Erbprätendenten 251. Die Stellung der rechten Gewere im System 252.

Viertes Capitel.

Schutz der Gewere.

§. 18. Vorbemerkung 254

Unentwickelte Theorie des Besitzschutzes 254. Das deutsche Recht kennt ein Possessorium nur als Vorverhandlung zur Feststellung der Parteirollen im Eigenthumsprocess 255, nicht zum Schutz des Besitzes gegen Anmassung von Servituten 256.

§. 19. Zweifelhafter Besitzstand 257

Hauptfälle 257. Weisen beide Parteien Besitzhandlungen nach, so geht der ältere Besitz vor. Ist auch dieser zweifelhaft, so entscheidet eine Nachbarnjury 258. Giebt diese ebenfalls keine Gewissheit, so wird das Gut, soweit der Besitz streitig ist, gleich getheilt (vorbehalten den Process über das Recht daran) 260. Ausnahmen von letzterm Satze: 1) bei Besitzstreit zwischen Lehnsherrn und Lehnsmann (Ssp. Lehnr. 41) 262. 2) bei Besitzstreit zwischen Allodial- und Lehnserben (Ssp. II, 43, §. 1) 264. 3) bei Besitzstreit zwischen Erben und angeblichem Käufer (Ssp. II, 43, §. 2) 266.

§. 20. Besitzentsetzung 269

Trotz Dejection dauert der juristische Besitz fort 269. Als Besitzer wird anerkannt, wer mit zwei Zeugen die Besitzentsetzung durch den Gegner beweist 271. Die Klage ist innert Jahr und Tag seit der Dejection zu erheben 272.

Fünftes Capitel.

§. 21. Gewere an Rechten. 274

Die Gewere an Rechten, welche eine Nutzung (dauernden Ertrag) abwerfen, steht der Gewere an Grund und Boden rechtlich gleich 274.

Nothwendig ist nicht, dass diese Rechte auf ein Grundstück radiciert sind 275. Erwerb der Gewere an Rechten 277.

Zweiter Abschnitt.

§. 22. Die Gewere an Fahrnis. 278

Enge Verbindung von Gewere an Haus und Hof und Gewere an der darauf befindlichen Fahrnis 278. Der unmittelbare Inhaber des Hofes ist Besitzer der Fahrnis 279. Beweisstelle Ssp. I, 20, § 4, 281. Beschränkung der Eigenthumsverfolgung nicht Ausfluss der Besitztheorie 284. Beweisführung bei Mobiliarklagen 285. Unterstellung der Gewere an Fahrnisgesammtheiten unter die Regeln der Gewere an liegendem Gut 285. Rechte Gewere an Gerade. Vergabung der Gerade durch Auflassung 286. Gewere des Ehemanns am Fahrnisgut der Ehefrau 286.

Drittes Buch.

Italien, Spanien, Frankreich (England).

Erstes Capitel.

Italien.

§ 23. Sprachgebrauch. Aenderung der Bedeutung von investitura 288

Langer Widerstand der Praxis gegen die römischrechtliche Terminologie 288. Seit dem 11. Jahrhundert geht der Ausdruck investitura auf den Act des Rechtsgeschäfts über 290. Die Besitzeinweisung behält aber ihren alten rechtlichen Werth 292. Für Besitz kommt nun der Ausdruck tenuta auf 293. Dieselbe Entwicklung beim Contumacialverfahren 294.

§ 24. Fortbestand germanischen Rechts 297

Berührung und Abweichung zwischen römischem und deutschem Besitzrecht 297. Erste Abweichung die mehrfache Gewere. Anwendung der Begriffe civilis und naturalis possessio auf die Gewere von Lehnsherr und Vasall, resp. Emphyteuta 299. Zweite Abweichung im Besitzschutz. Theorie Delbrücks 305. Berücksichtigung des älteren Besitzes in Besitzprocessen 307. Sie stammt aus germanischer Rechtsanschauung 308. Verwischung des Unterschiedes zwischen Turbation und Dejection 311, und damit zwischen interdictum U. P. und int. U. V. 312. Stellung der Doctrin dazu 313. Einfluss des Vorzugs der ältern Gewere auf die Spolienklage 318. Zulassung petitorischer Einreden gegen das int. U. P. 321. Dadurch wird das summariissimum hervorgerufen 324. Dritte Abweichung der Besitzerwerb des Erben sofort mit des Erblassers Tode 324. Vierte Abweichung Besitz an Rechten 325.

Zweites Capitel.

Spanien.

§. 25. Im Allgemeinen 326

Abhängigkeit von der italiänischen Jurisprudenz 327. Civilis und naturalis possessio des Lehnsherrn und des Vasallen 327. Verhältniss von Covarruvias zu Bartolus 328. Besitzklagen und Rechtsbesitz 330.

§. 26. Insbesondre die Erbschaftsgewere 330

Anerkennung derselben durch die spanischen Juristen 331. Anwendung auf die Majorate. Das Buch von Paz de tenuta 332. Tenuta ist hier zum Rechtsmittel analog dem summariissimum geworden 335.

Drittes Capitel.

Frankreich (England).

§. 27. Die saisine 336

Die saisine steht unter den gleichen Rechtssätzen wie die Gewere, ausser in Betreff des Besitzprocesses 337. Aenderung der Terminologie: der Ausdruck saisine verdrängt das Wort investitura 338. Fortdauer des fränkischen Rechts auch in Hinsicht auf den Process bis ins 13. Jahrhundert 339. Rechte Gewere 341. Deren muthmasslicher Ursprung 343. Theorie Klimraths über die saisine 344. Die saisine ist wie die Gewere der durch die Nutzung sich äussernde Besitz 348. Mehrfache saisine 349. Erwerb der saisine durch Occupation, Besitzeinweisung und Erbgang 350, nicht durch Gerichtsspruch 351. Das ensaisinement durch den Herrn (Richter) hat keine Beziehung auf den Besitzerwerb, sondern nur Bedeutung für den Rechtserwerb 353. Falsche Theorie über die Saisine auf Grund des ensaisinement durch den Herrn 359. Die saisine héréditaire 362.

§. 28. Der Besitzschutz im normannischen Rechte . . 364

Veranlassung eines besondern Besitzprocesses 364. Trennung von possessorium und petitorium 366. Gleichstellung von Turbation und Dejection 367. Verschiedene Formen der Besitzklage je nach dem Besitzerwerbsgrund: querela novae disseisinae und querela de antecessoris saisina 367. Verfahren. Einleitung desselben 368. Voraussetzungen der Querel: Lehnsbesitz 369. Fehlerfreier Besitz 371. Novität der Verletzung 373. Erhebung der Klage in Jahresfrist 374. Feststellung des Besitzstands 375. Nachweis des Besitztitels nicht erforderlich 378.

§. 29. Der Besitzprocess im französischen Recht . . 381

Gleiche Vorbedingungen in Frankreich wie in der Normandie 381. Beschränkung des Zweikampfs 383. Anfänge des Besitzprocesses unter Ludwig IX. 384. Gleichstellung von Turbation und Dejection 386. Requisit des Lehnsbesitzes nicht festgehalten 387. Darstellung Beau-

manoirs 389. Erforderniss der Klage ruhiger Besitz während Jahr und Tag vor der Dejection 391. Abweichung hievon 393. Historische Erklärung dieser Abweichung 394. Die querela novae dissaisinae steht auch dem Pfandgläubiger und dem Firmar zu 395. Uebrige Voraussetzungen der Klage 397. Gestaltung der Klage in den Quellen des 14. und 15. Jahrhunderts 398. Die recréance 401. Die Complainte en cas de simple saisine 401. Die réintégrande 403.

§. 30. Bedeutung der Besitzklagen für das System der Saisine und dessen Weiterbildung 407

Einfluss der zur Besitzklage nothwendigen possession annale auf den Besitzerwerb 407. Verhältniss der verschiedenen Anwendungen des Besitzes von Jahr und Tag zu einander 410. Conflict von Volks- und Amtsrecht 412. Verhältniss der possession annale zur rechten Gewere 415. Verhalten des französischen zum römischen Recht in späterer Zeit 418.

§. 31. Anhang. Die englischen Rechtsbücher des 13. Jahrhunderts 419

Bisherige Theorie über die Seisin 419. Ihr Verhältniss zu Bracton 421. Liberum tenementum 422. Recht und Besitz am liberum tenementum sind klar getrennt 424. Bractons System geht vom Recht am Gute aus 425. Die Besitztheorie ist im Anschluss an die Breven der Besitzklagen ausgebildet worden 427. Der Wortlaut derselben führte zur Entwicklung der exceptio ex libero tenemento 429. Diese exceptio wird dem Besserberechtigten gegeben 431. Die Besitzklage verliert damit ihren rein possessorischen Character 432. Bracton construiert die Besitzklage auf dem Gedanken der Relativität des Besitzes 432. Schwankungen in dieser Theorie 434. Die assisa mortis antecessoris 435. Analogien derselben mit der assisa novae disseisinae 436. Die Construction der Besitzabstufungen 438. Fleta und Britton 439. Ergebniss 440.

Schlussbetrachtung.

Die späteren Schicksale der Gewere in Deutschland.

§. 32. Die Uebergangsperiode 442

Bisherige Erklärungsversuche in Betreff des Verschwindens der Gewere 442. Stellung der Gesetzgebungen des 16. und 17. Jahrhunderts zur Besitztheorie 444. Die Urkundensprache 445. Die Jurisprudenz 446. Ihr Verhalten zur mehrfachen Gewere 447. Zasius' Auffassung 447. Sein Widerspruch gegen die Italiäner 449. Schwanken der Späteren 450. Die Besitzklagen 452. Die Erbschaftsgewere durchgängig geläugnet 455. Der Besitz an Rechten 456. Rechte Gewere 456.

§. 33. Das heutige Recht 457

Wirkung der altdeutschen Rechtsideen auf unser Recht 457. Principielle Unterschiede des römischen und des deutschen Besitzrechts 459. Die altdeutschen Grundlagen der Geweretheorie sind jetzt nicht mehr wirksam 463. Der Sachbesitz des Usufructuars oder gar des Miethers ist ungerechtfertigt 464. Der Sachbesitz des Pfandgläubigers ist besser berechtigt 467. Für die Theorie des Besitzschutzes liefert das deutsche Recht kein Material 468. Die Erbschaftsgewere ist entbehrlich 469. Der Besitz an Rechten lässt allenfalls deutschrechtliche Gedanken noch zu 469.

Excurs I.

Die rechtliche Gültigkeit der Vergabungen von Todes wegen im älteren deutschen Rechte 470

Sog. donationes post obitum waren für die Erben unverbindlich 470. Widerstreit zwischen Recht und Sitte 471. Einfluss der Kirche 472. Oeftere Erneuerungen solcher Schenkungen 473. Schenkungen vor einer bevorstehenden Lebensgefahr 474. Schenkungen auf den Fall der Kinderlosigkeit 475. Zweck der Schenkungsrenovationen 476. Sicherung der Schenkung durch Empfehlung in die Treuhand der Erben 477. Ohne Uebernahme der Treuhänderverpflichtung haben die Erben keine Rechtspflicht zur Ausführung der Schenkung 479. Die Unverbindlichkeit der Schenkung für die Erben ergiebt sich auch aus den fränkischen Concilienbeschlüssen 480. Das Cap. v. 803 schützt das alte Recht gegen die Bestrebungen der Kirche 481. Dieses Cap. wird durch das von 817 modificiert 482. Das westgothische und langobardische Recht 484. Bedeutung von thinx 484. Verhältniss zu den Capitularien 485.

Excurs II.

Die Beschränkung der Eigenthumsverfolgung bei Fahrnis und ihr rechtliches Motiv 487

Unrichtigkeit der Ansicht, dass man durch Anvertrauen einer beweglichen Sache das Eigenthum daran aufgebe 487. Gründe dagegen 488. Der Grund der Beschränkung liegt nicht im materiellen Recht, sondern im Process 489. Der altgermanische Process ist executivischer Natur 489, und auch das Intertiationsverfahren tritt nur unvollkommen aus dieser Natur heraus 490. Zur Untersuchung des klägerischen Rechts kommt es nicht 491. Es giebt nur eine Klage zur Wiederherstellung des vor der widerrechtlichen Handlung bestandenen Verhältnisses 492. Dem alten Recht liegt also das Motiv einer

Beschränkung der Eigenthumsklage fern 493. Die damaligen Verhältnisse liessen auch gar nicht einen weitergehenden Schutz des Eigenthümers als Bedürfniss erscheinen 494. Dem entspricht der ursprüngliche Sinn des Rechtssprichworts „Hand muss Hand wahren" 496. Erhebung des Immobiliarprocesses aus der executivischen Form im Anschluss an die Ausbildung des Urkundenbeweises 497. Grund des Verharrens des Mobiliarprocesses auf alter Grundlage 501. Uebergang in die moderne Motivierung 502.

Berichtigungen und Druckfehlerverbesserungen.

Verzeichniss
der abgekürzt citierten Quellen und Schriftsteller.

Agricola, die Gewere zu rechter Vormundschaft als Princip des sächsischen ehelichen Güterrechts. Gotha, 1869. 8°.

Alauzet, Histoire de la possession et des actions possessoires en droit français. Paris, 1849. 8°.

Albrecht, die Gewere als Grundlage des älteren deutschen Sachenrechts. Königsberg, 1828. 8°.

Anciens usages d'Anjou, publiés par M. A. J. Marnier. Paris, 1853. 8°.

Anciens usages d'Artois, in den Coutumes générales d'Artois publ. par Maillard. 2. édition. Paris, 1756. fol.

Arrestae Scacariorum Normanniae in Warnkönigs französischer Staats- und Rechtsgeschichte. Bd. II. Urkundenbuch S. 70 ff.

Assisiae Normanniae, ebenda S. 48 ff.

Auctor Vetus de beneficiis, in Homeyers Sachsenspiegel, II, 2.

Baluzius, Capitularia regum Francorum. Curante Petro Chiniac. II tomi. Paris, 1780. fol.

v. Bar, das Beweisurtheil des germanischen Processes. Hannover, 1866. 8°.

Bayr. Landrecht, herausgegeben von v. Freyberg (in dessen Sammlung historischer Schriften und Urkunden, Bd. IV, Stuttg. u. Tüb. 1834, S. 383 ff.) unter dem Titel: Kaiser Ludwigs Rechtsbuch.

Beaumanoir, les coutumes du Beauvoisis publ. par M. le comte Beugnot. 2 vols. Paris, 1842. 8°.

Behrend, ein Stendaler Urtheilsbuch aus dem 14. Jahrhundert. Berlin, 1868. 8°.

Berlan, liber consuetudinum Mediolani anni MCCXVI. Mediol. 1866. 8°.

Beseler, die Vergabungen von Todes wegen nach dem älteren deutschen Rechte. Göttingen, 1835. 8°. (Zugleich erster Band von dessen Lehre von den Erbverträgen).

v. Bethmann-Hollweg, der germanisch-romanische Civilprocess im Mittelalter. Bd. I. Bonn, 1868. 8°. (Zugleich vierter Band von dessen Civilprocess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung).

Beyer, Urkundenbuch zur Geschichte der mittelrheinischen Territorien. II Bde. Coblenz, 1860. 8°.

Blume von Magdeburg, herausgegeben von Böhlau. Weimar, 1868. 8°.
(Böhme), diplomatische Beyträge zur Untersuchung der schlesischen Rechte und Geschichte. 6 Theile. Berlin, 1770. 4°.
Boretius, die Capitularien im Langobardenreiche. Halle, 1864. 8°.
Bouquet, Recueil des historiens des Gaules et de la France. Tomes IV—IX. Paris, 1735 ss. fol.
Boutillier (Bouteillier), Somme rurale. Lag mir nur in der Lyoner Ausgabe von 1503 vor, welche die spätere Capiteleintheilung noch nicht hat.
Bracton. Henrici de Bracton de legibus et consuetudinibus Angliae libri V. London, 1640. 4°.
Bréquigny-Pardessus. Diplomata, chartae, epistolae, leges aliaque instrumenta ad res Gallo-Francicas spectantia, prius collecta a de Bréquigny et la Porte du Theil, nunc nova ratione ordinata ed. J. M. Pardessus. II tomi. Lutet. Paris. 1843. fol.
Britton, mir nur zugänglich in dem Abdruck bei Houard, traités sur les Coutumes Anglo-Normandes. Tome IV. Rouen, 1776. 4°.
v. Brünneck, über den Ursprung des sogenannten jus ad rem. Berlin, 1869. 8°.
Brünner Schöffenbuch, bei Rössler, die Stadtrechte von Brünn. Prag, 1852. 8°. (Zweiter Band der deutschen Rechtsdenkmäler aus Böhmen und Mähren).
Brunetti, Codice diplomatico Toscano. II tomi. Firenze, 1806 u. 1833. 4°.
Brunner, die Entstehung der Schwurgerichte. Berlin, 1871. 8°.
Brunner, Zeugen- und Inquisitionsbeweis der karolingischen Zeit. Wien, 1866. 8°. In den Sitzungsberichten der k. k. Academie der Wissenschaften, philos. histor. Classe, Bd. 51.
Bruns, das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart. Tübingen, 1848. 8°.
Bruns, der ältere Besitz und das Possessorium ordinarium. In Bekkers und Muthers Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts. Bd. IV. Leipzig, 1860. 8°.
Calmet, Histoire de la Lorraine. Nancy, 1728. 3 tomi. fol.
Cartulaire de l'abbaye de Redon en Bretagne; s. Courson.
Cartulaire de l'abbaye de Saint Victor de Marseille, publ. par Guérard. 2 vols. Paris, 1857. 4°. (Coll. de doc. inéd.).
Cartulaire de l'abbaye de Savigny, publ. par Bernard. 2 vols. Paris, 1853. 4°. (Coll. de doc. inéd.).
Cartulaire de l'Eglise de Notre-Dame de Paris, publ. par Guérard. 4 vols. Paris, 1850. 4°. (Coll. de doc. inéd.).
Chart. Monumenta historiae patriae ed jussu Regis Caroli Alberti. Chartarum tomus I et II. Aug. Taur. 1836. fol.
Codex Laureshamensis diplomaticus. III tomi. Mannhemii, 1768. 4°.
de Courson, Cartulaire de l'abbaye de Redon en Bretagne. Paris, 1863. 4°. (Coll. de doc. inéd.).

Coutumes de la prévôté et vicomté de Paris, par de Laurière. 3 vols. Paris, 1777. 16°.

Coutumier, s. Grand Coutumier.

Delbrück, die dingliche Klage des deutschen Rechts. Leipzig, 1857. 8°.

Delisle, Recueil de jugements de l'Echiquier de Normandie au XIII. siècle. Paris, 1864. 4°. Extrait du tome XX, 2. partie des Notices et Extraits des Manuscripts et du tome XXIV 2. partie des Mém. de l'Acad. des Inscr. et B. L.

Dronke, Codex diplomaticus Fuldensis. Cassel, 1850. 4°.

España Sagrada, Theatro geographico-historico de la Iglesia de España. Por Henrique Florez. 50 vols. Madrid, 1754—1866. 4°.

Etablissements de Normandie. Etablissements et Coutumes, Assises et Arrêts de l'Echiquier de Normandie au XIII siècle, publ. par Marnier. Paris, 1839. 8°.

Etablissements de St. Louis lagen mir nur vor in der Ausgabe des Recueil général des anciennes lois françaises par Jourdan, Decrusy et Isambert. tome II. Paris s. d. 8°.

Fantuzzi, Monumenti Ravennati. VI tomi. Venez., 1801—4. 4°.

Ficker, Forschungen zur Reichs- und Rechtsgeschichte Italiens. 3 Bde. Innsbruck, 1868. 8°.

Fleta, commentarius juris Anglicani. Bei Houard traités sur les coutumes Anglo-Normandes, tome 3. Rouen, 1776. 4°.

de Fontaines, Pierre, le Conseil ou traité de l'ancienne jurisprudence française, publ. par Marnier. Paris, 1846. 8°.

Fumagalli, Codice diplomatico Sant' Ambrosiano pubbl. da Amoretti. Milano, 1805. 4°.

Giraud, Essai sur l'histoire du droit français au moyen-âge. 2 vols. Paris, 1846. 8°.

Glanvilla, Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliae, bei Phillips, englische Reichs- und Rechtsgeschichte, Bd. II, S. 334 ff.

Glogauer R. B. Glogauer Rechtsbuch bei Wasserschleben, Sammlung deutscher Rechtsquellen. Bd. 1. Giessen, 1860. 8°. S. 1 ff.

Goslar. Stat. Die Goslarischen Statuten, herausgegeben v. Göschen. Berlin, 1840. 8°.

Grand Coutumier (Gr. C.) Le grand coutumier de France. Nouvelle édition par E. Laboulaye et R. Dareste. Paris, 1868. 8°.

Grimm, Weisthümer. 6 Bde. Göttingen, 1840—1869. 8°.

Grimm, R. A. Deutsche Rechtsalterthümer. 2 Ausg. Göttingen, 1854. 8°.

Gundermann, englisches Privatrecht. Tübingen, 1864. 8°.

Henrion de Pansey, de la compétence des juges de paix. Verschiedene Ausgaben, z. B. Bruxelles, 1834. 8°.

Histoire de Metz par des religieux Bénédictins (Tabouillot etc.) Metz, 1769. 4°. tome IV: Preuves.

v. Hodenberg, Hoyer Urkundenbuch. 7 Abtheilungen. Hannover, 1855. 4°.

Homeyer, des Sachsenspiegels erster und zweiter Theil nebst den verwandten Rechtsbüchern. Bd. I u. II, 1. u. 2. Berlin, 1835—1844. 8⁰.

ab Hontheim, historia Trevirensis diplomatica et pragmatica. 3 vol. Aug. Vind., 1750. fol.

Ihering, Beiträge zur Lehre vom Besitz. Erster Beitrag. In Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen Privatrechts. Bd. 9. Jena, 1868. 8⁰.

Isambert, Recueil, s. Etablissements de St. Louis.

Juvavia. Nachrichten vom Zustande der Gegenden und Stadt Juvavia (von Kleinmayrn). Salzburg, 1784. Fol.

Kleines Kaiserrecht. Das Keyserrecht nach der Handschrift von 1372, herausgegeben von Endemann. Cassel, 1846. 8⁰.

Klimrath, étude historique sur la saisine. In dessen travaux sur l'histoire du droit français, recueillis par Warnkönig. tome II. Paris, 1843. 8⁰.

Laband, die vermögensrechtlichen Klagen nach den sächsischen Rechtsquellen des Mittelalters. Königsberg, 1869. 8⁰.

Lacomblet, Urkundenbuch für die Geschichte des Niederrheins. 4 Bde. Düsseldorf, 1840. 4⁰.

Liber jurium (Genuens.) reipublicae Genuensis. II tomi. Aug. Taur., 1854. Fol. Bestandtheil der Monumenta historiae patriae ed. jussu Caroli Alberti.

Livländisches Ritterrecht, in Oelrichs, dat Rigische Recht. Bremen, 1773.

Livres (li) de Jostice et de Plet, publ. par Rapetti. Paris, 1850. 4⁰. (Coll. de doc. inéd.).

Livre des droiz et des commandemens d'office de justice, publ. par Beautemps-Beaupré. 2 vols. Paris, 1865. 8⁰.

Loysel, Institutes coutumières. Nouv. éd. par MM. Dupin et Laboulaye. 2 vols. Paris, 1846. 8⁰.

Lupi, Codex diplomaticus civitatis et ecclesiae Bergomatis. 2 vols. Berg. 1784. Fol.

Magdeburg-Breslauer Recht von 1295, bei Laband, Magdeburger Rechtsquellen. Königsberg, 1869. 8⁰.

Magdeburger Fragen, herausg. v. Behrend. Berlin, 1865. 8⁰.

Magdeburger Schöffenrecht bei Laband, Magdeb. Rechtsquellen. Königsberg, 1869. 8⁰.

Martene et Durand, Collectio veterum scriptorum et monumentorum amplissima. IX vol. Parisiis, 1724—1733. Fol.

v. Martitz, das eheliche Güterrecht des Sachsenspiegels und der verwandten Rechtsquellen. Leipzig, 1867. 8⁰.

Meichelbeck, Historia Frisingensis. 2 vol. Aug. Vind., 1724—1729. Fol. Die Nummern beziehen sich auf die pars instrumentaria von Vol. I.

Memorie di Lucca. Memorie e documenti per servire all' istoria del ducato di Lucca. 12 vol. Lucca, 1813 ss. 4⁰.

Moriondus, Monumenta Aquensia. 2 vol. Taurini, 1789. 4°.
Münchner Stadtrecht. Das Stadtrecht von München, herausgegeben von Auer. München, 1840. 8°.
Muratori, Antiquitates Italicae medii aevi. VI Vol. Mediolani 1738—1742. Fol.
Myrrour of Justice, bei Houard, traités sur les coutumes Anglo-Normandes. tome IV. Rouen, 1776. 4°.
Odorici, Storie Bresciane. 11 vol. Brescia, 1853 ss. 8°.
Olim. Les Olim ou Registres des Arrêts rendus par la Cour du Roi, publ. par le comte Beugnot. III Vol. Paris, 1839—48. 4°. (Coll. de doc. inéd.)
Orto, Anselminus de, super contractibus emphyteosis et precarii et libelli atque investiturae, rec. Jacobi. Wimar. 1854. 8°.
Parieu (Esquirou de), Etudes historiques et critiques sur les actions possessoires. Paris, 1850. 8°.
Pérard, Recueil de plusieurs pièces curieuses servant à l'histoire de Bourgogne. Paris, 1664. Fol.
Pertz, Monumenta Germaniae historica. Leges I—IV. Hann., 1835—1870. Fol.
Richtst. Landr. Der Richtsteig Landrechts nebst Cautela und Premis, herausgegeben v. Homeyer. Berlin, 1857. 8°.
Richtst. Lehnr. Der Richtsteig Lehnrechts, in des Sachsenspiegels zweiter Theil, Bd. I, herausg. v. Homeyer. Berlin, 1842. 8°.
Rozière, Recueil général des Formules usitées dans l'empire des Francs du 5 au 10 siècle. 3 vols. Paris, 1859—71. 8°.
Ruprecht. Das Stadt- und das Landrechtsbuch Ruprechts von Freysing, herausgegeben von G. L. v. Maurer. Stuttgart und Tübingen, 1839. 8°.
Ssp. Des Sachsenspiegels erster Theil oder das sächsische Landrecht, herausg. von Homeyer. Ausg. 3. Berlin, 1861. 8°.
Ssp. Lehnr. Des Sachsenspiegels zweiter Theil, Bd. I das sächs. Lehnrecht, herausg. von Homeyer. Berlin, 1842. 8°.
Sandhaas, germanistische Abhandlungen. Giessen, 1852. 8°.
Sawr, Fasciculus judiciarii ordinis singularis. 2 Theile. (9 Fascikel). Frankf., 1589. Fol.
Schannat, Historia episcopatus Wormatiensis. Francof., 1734. Fol.
Schöpflin, Alsatia diplomatica. Mannh., 1772 ss. Fol. 2 tomi.
Schwsp. (W.) Der Schwabenspiegel, herausgegeben von Wackernagel. Zürich, 1840. 8°.
Schwsp. (L.) Derselbe, herausgegeben von Freiherrn v. Lassberg. Tübingen, 1840. 8°.
Schwsp. Lehnr. Der Schwabenspiegel Lehnrechts in der Lassbergischen Ausgabe.
Sohm, der Process der lex Salica. Weimar, 1867. 8°.

Sohm, die altdeutsche Reichs- und Gerichtsverfassung. Bd. I (auch unter dem Titel: die fränkische Reichs- und Gerichtsverfassung). Weimar, 1871. 8°.

Somma de legibus consuetudinum Normanniae, bei Ludewig, reliquiae manuscriptorum omnis aevi diplomatum ac monumentorum ineditorum adhuc. tomus VII. Francof., 1726. 8°.

Spiegel deutscher Leute, herausg. v. Ficker. Innsbruck, 1859. 8°.

Statuta Bononiae seculi XIII. In Monumenti istorici pertinenti alle provincie della Romagna. Serie prima: Statuti. Tomo I. Bologna, 1869. 4°.

Statuta Cherii, Statuta Eporediae, Statuta Montiscalarii } in den Leges Municipales. Aug. Taur. 1838. Fol. Bestandtheil der historiae patriae monumenta edita jussu regis Caroli Alberti.

Statuta Mutinae (14 saec.) in Monumenti di storia patria delle provincie Modenesi. Serie degli Statuti Tomo I. Parma, 1864. 4°.

Statuta Normanniae [1]) in Warnkönigs französischer Staats- und Rechtsgeschichte. Bd. II. Urkundenbuch S. 3 ff.

Statuta Pisana. Statuti inediti della città di Pisa, ed. Bonaini. 3 tomi. Firenze, 1854—70. 4°.

Statuta Pistoriensium, in Zacharia, anecdotorum medii aevi collectio. Aug. Taur. 1755. Fol.

Statuta Placentiae, in Monumenta historica ad provincias Parmensem et Placentinam pertinentia. Parmae, 1857 ss. 4°.

Statuta Veneta reformata 1242. Venetiis, 1638. 4°.

Statuta Veronae. Liber juris civilis urbis Veronae ex autographo anni MCCXXVIII. Veronae, 1728. 4°.

Stendaler Urtheilsbuch, s. Behrend.

Stilus curiae Parlamenti bei Molinaeus, Opera II, p. 409 ss. Paris, 1681. Fol.

Stobbe, Gewere. In Ersch u. Gruber, Encyclopädie Sect. 1. LXV. S. 428 ff.

Syst. Schöffenr. Das Magdeburg-Breslauer systematische Schöffenrecht, herausg. v. Laband. Berlin, 1863. 8°.

Thierry, Recueil des monuments inédits de l'histoire du tiers-état. Tome IV. Paris, 1870. 4°. (Coll. de doc. inéd.).

Tomaschek, der Oberhof Iglau in Mähren und seine Schöffensprüche. Innsbruck, 1868. 8°.

Troya, Codice diplomatico Longobardo. 5 vol. Napoli, 1853. 8°.

Vaissette, Histoire générale de Languedoc. V vols. Paris, 1730 ss. Fol. Die Nummern beziehen sich auf die Preuves im Anhang.

Varin, Archives administratives et législatives de la ville de Reims. 10 vol. Paris, 1840 ss. 4°. (Coll. de doc. inéd.).

[1]) Ich citiere der Einfachheit wegen diesen in der Ausgabe gebrauchten Titel, erinnere aber an die Resultate Brunners (Schwurgerichte S. 136) hinsichtlich der ursprünglichen Bestandtheile dieses Rechtsdenkmals.

Verm. Ssp. Vermehrter Sachsenspiegel. Das Rechtsbuch nach Distinctionen, herausg. v. Ortloff. (Bd. I von Ortloffs Sammlung deutscher Rechtsquellen). Jena, 1836. 8°.
Warnkönig, französische Staats- und Rechtsgeschichte. 3 Bände. Basel, 1846–1848. 8°.
Wartmann, Urkundenbuch der Abtei St. Gallen. 2 Bde. Zürich, 1863—1866. 4°.
Wasserschleben, Sammlung deutscher Rechtsquellen. Bd. I. Giessen, 1860. 8°.
Weichbild (Dan.). Das sächsische Weichbildrecht, herausgegeben von v. Daniels und v. Gruben. Bd. I. Berlin, 1858. 4°. (Bestandtheil der Rechtsdenkmäler des deutschen Mittelalters, hrsg. v. denselben).
Weichbild (Mühler), in deutsche Rechtshandschriften des Stadtarchivs zu Naumburg a. d. Saale, hrsg v. Mühler. S. 38 ff. Berlin, 1838. 8°.
Wigand, Traditiones Corbeienses. Leipzig, 1843. 8°.
Windscheid, Lehrbuch des Pandectenrechts. Bd. I. Aufl. 3. Düsseldorf, 1870. 8°.
Zacharia, Anecdotorum medii aevi collectio. Aug. Taur. 1755. Fol.
Zeuss, Traditiones possessionesque Wizenburgenses. Spir. 1842. 4°.

BAYERISCHE STAATS-BIBLIOTHEK MUENCHEN

Erstes Buch.

Die fränkische Zeit.

Erstes Capitel.

Traditio und investitura.

§. 1. Aeusserliches Verhältniss beider.

Eine historische Untersuchung über das Wesen der Gewere muss ihren Ausgang von der investitura des alten Rechts nehmen. Denn mit diesem Ausdruck geben die lateinischen Quellen der karolingischen Periode das Wort Gewere wieder, wie das aus der altdeutschen Uebersetzung von C. 6 der Capitularia leg. add. v. 817 bei Pertz, I, S. 261 und aus den zwei parallel laufenden Stellen der traditiones Fuldenses in zwei Urkunden von 824 [1])

testes qui vestitionem viderunt und
testes qui viderunt giweridam

unwidersprechlich hervorgeht. Unter Berufung auf diese gewichtigen Zeugnisse und die Autorität von J. Grimm (R.A. S. 555, 602) halte ich mich berechtigt, alle andern Bedeutungen und Ableitungen des Wortes Gewere, welche für unsre Frage unerheblich sind und die Sache nur verwirren [2]), nicht

[1]) Nicht so bekannt als die Stellen selbst ist der Ort, wo sie jetzt am besten gefunden werden, nämlich Dronkes Cod. dipl. Fuld. No. 446 bis 448, statt des Verzeichnisses der Fulder Traditionen bei Pistorii Scriptores, das die neusten Schriftsteller beharrlich von den alten als Fundort abschreiben.

[2]) Sowohl die Herleitung des Wortes Gewere aus dem Begriff des umschlossenen Raums, clausura, wie schon Wigand (Femgericht, S. 320) und dann Renaud (Deutsches Privatr. § 242 und Zeitschr. für gesch.

zu berücksichtigen, und dem Gang meiner Untersuchung den wie ich hoffe evidenten Beweis zu überlassen, dass der hier gewählte, heut zu Tage übrigens vorwiegend als richtig anerkannte Ausgangspunct einzig zu einer Lösung führt. Es ist daher zur Gewinnung einer sichern Grundlage für das Verständniss der Gewere, wie sie in den Rechtsbüchern auftritt, unerlässlich, Wesen und Bedeutung der investitura allseitig festzustellen.

Ueber das gesammte Gebiet des deutschen Rechts finden wir in der Periode der Karolinger, und namentlich seit dem Anfang des 9. Jahrhunderts, die Uebung verbreitet, dass Uebertragungen von Grund und Boden durch eine Doppelhandlung vollzogen werden, deren einer Bestandtheil als traditio bezeichnet wird, während der andre den Namen investitura oder vestitio trägt. Hii sunt testes tradicionis . . . item investiturae . . . ist die wiederkehrende Formel zahlreicher Vergabungsurkunden [1]; die ausführlicheren schliessen an die Traditionsbeurkundung einen Bericht über die Vornahme der Investitur [2], ja es wird wol auch über diese letztere in besonderm Act ein Verbalprocess aufgenommen [3]. Schon Fumagalli in einer Note zu Urk. 54 seines Cod. dipl. S. Ambros. hat die Meinung geäussert, die Investitur sei fränkischer und alamannischer Brauch und den Langobarden nicht geläufig gewesen; neuerdings hat Merkel (Zeitschrift für Rechtsgesch. II, S. 155) auch für Bayern die investitura aus fränkischer Einführung und Sitte herleiten wollen, weil sie erst seit Ende des 8. Jahrhunderts daselbst häufiger erwähnt werde. Ich kann diese Ansicht nicht theilen.

R.W. des Auslandes, XIX, S. 102 f.) wollten, als die Vermischung mit dem Begriff der Gewährschaft, warandia, stammen aus Unklarheiten, welche in der Aehnlichkeit der Ausdrücke der alten Sprache für verschiedene Dinge nur zu reichliche Nahrung fanden, aber nach Jacob Grimms sicherer Scheidung nicht mehr hätten sollen festgehalten werden.

1) Besonders oft in den traditiones Fuldenses und Garstenses (letztere in Band I des UB. des Landes ob der Enns).

2) So besonders in den trad. Frising. bei Meichelbeck.

3) So namentlich Fumagalli, No. 54. 58. 62. 71. 74. 91. 104. 105. 110. 112. 117. Lupi, I, p. 859. Dronke, No. 60.

Vor der Mitte des 8. Jahrhunderts kommt auch in den zahlreichen Schenkungsurkunden fränkischen Rechts die Gegenüberstellung von traditio und investitura nicht vor, denn die Urkunde von 638 bei Bréquigny-Pardessus, II, No. 291, welche den Satz enthält: terram per nostram transignationem et revestionem firmiter accipiat, ist wahrscheinlich gefälscht und daher unerheblich; die erste fränkische Betonung des Doppelacts finde ich in der Fulder Grenzregulierung des Bonifacius vom Jahr 747 (Bréquigny-Pardessus, II, No. 590): testibus qui in principis traditione et vestitione loci affuerunt. Vorher findet sich einmal der Ausdruck in integretate revestire (Urk. v. 710, Bréq. Pard. No. 477), welche Urkunde indess auch nicht über allen Zweifel der Unechtheit erhaben ist, und einigemale manu vestita possidere (Bréq. Pard. No. 404, 440), aber gerade dieser letztere Ausdruck gehört auch schon der lex Baiw. app. IV texti primi an. Auch sonst sind die fränkischen Urkunden bis zum Jahre 800 ausser den Fulder Traditionen gar nicht ergiebig für die Investitur. Gleichzeitig beinahe wie in Franken ist aber sodann die investitura für Alamannien bezeugt: auch hier schon 744 (Wartmann No. 10) das manu vestita possedeant; 758 (ibid. No. 22): Si deus mihi filio dedit, illi sit vestidum; 766 (ibid. No. 49): genitor noster hereditatem tradidit et nos post haec revestimus. Es folgt Bayern, allerdings erst mit einer Urkunde von 793 (Meichelbeck No. 111): dono trado atque transfundo loca, quae Coroldus comes in beneficium habet, et ipse Keroldus vestivit de ipsa loca; aber Bischof Otto von Freising (784—810) spricht doch von diuturna vestitura antecessorum, qui vestiti fuerunt de eadem villa (Meichelbeck, No. 241). Mit den Corveyer Traditionen (Wigand, § 357, 363, 456) lernen wir die investitura in Sachsen kennen, und zwar als mos Saxonicae legis. Dass sie auch in Friesland heimisch war, dürfte vielleicht der Urk. v. 855 (Lacomblet I, No. 65) entnommen werden: secundum legem Ripuariam et Salicam necnon secundum eva Fresonum tradidi et secundum predictas leges vestituram feci. Für Westgothisches

Gebiet bezeugen zahlreiche Urkunden bei Vaissette und Baluzius die investitura, zuerst Urk. v. 782 (Vaissette I, No. 5) de villas revestire. Für Burgund stehen mir ältere Belege nicht zu Gebot; aus späterer Zeit aber z. B. Urk. von c. 890 (Chartarum II No. 8): per triginta annis vestiti fuimus, Urk. von 966 (Chart. I, p. 210): notitia vestiturae. Isti qui ad vestituram fuerunt.

Erscheint es nach allem Dem von vorneherein und ganz abgesehen von der bald folgenden Erörterung nicht genugsam begründet, der investitura specifisch fränkischen Ursprung und ihr Auftreten bei andern deutschen Stämmen diesseits der Alpen der fränkischen Unterwerfung zuzuschreiben, so liegt vielleicht die Sache etwas anders bei den Langobarden. Die äusserst zahlreichen langobardischen Urkunden des 8. Jahrhunderts reden kaum von investitura; zuerst finde ich in der (verdächtigen) Urkunde König Aistulphs von 752 (Troya, IV, 397): abbatem de rebus disvestire. Erst mit dem Jahr 842 beginnen die oben erwähnten Investiturbreven bei Fumagalli. Und während die von Franken und Alamannen in Italien ausgestellten Veräusserungsurkunden immer von investitura reden, beobachtet der langobardische Veräusserer Stillschweigen darüber. Für die ältere Zeit nun, d. h die vor der fränkischen Eroberung liegende, mag anzunehmen sein, dass allerdings der Ausdruck investitura nicht üblich war. Aber in der Sache selbst wurde dadurch wenig oder nichts geändert: schon die ältesten langobardischen Schenkungsurkunden enthalten Formeln wie: licentiam abeatis per hec chartula a me in vobis facta introire et preoccupare seu ingredere in rebus sicut tamquam per legitimam et corporalem traditionem potestative (Brunetti, Cod. dipl. Tosc. I, p. 103), oder: tradedi atque confirmavi potestatem ingraediendi habendi aut faciendum exindem quam volueris (Fumagalli No. 22) und dgl., also statt der Investitur, d. h. der feierlichen Einführung in den Besitz durch den Veräusserer, eine formelle Ermächtigung dieses letztern an den Erwerber, in bester Form Besitz zu ergreifen.

Diese einseitigen Besitzergreifungen sind dann später, wie die Verbalprocesse bei Fumagalli erweisen, ohne Weiteres investiturae genannt worden, daher auch das Cartularium Langob. (Pertz, IV, p. 595 ff.) bei Hervorhebung der Verschiedenheit der Uebertragungssolennitäten nach den einzelnen Stammesrechten die investitura mit keiner Silbe erwähnt.

Im 9. Jahrhundert ist somit die investitura jedesfalls allgemein bekannt, und so ist denn auch das Cap. v. 817, das traditio und investitura in so höchst bemerkenswerther Weise einander gegenüberstellt, als allgemeines Reichsrecht verkündet worden. Schon darum wäre, da wir es hauptsächlich mit den Quellen des 9. Jahrhunderts zu thun haben, eine strenge Scheidung der Stammesrechte in diesem Abschnitte nicht geboten, wenn auch bei Gruppierung des Materials auf Verschiedenheiten im Einzelnen Rücksicht soll genommen werden. Es kommt aber noch das Weitere dazu, dass der innerste Kern derjenigen Handlung, welche die karolingische Periode mit dem Namen der investitura bezeichnet, ganz gewiss urdeutsches Recht und bei allen Stämmen althergebracht war, hervorgerufen durch das Bedürfniss einer möglichst prägnanten Form der reellen Besitzergreifung, wodurch der Wille der Parteien in höchst unzweifelhafter Weise zur Erscheinung gebracht und zumal bei den Nachbarn, auf deren Zeugniss später vielleicht Alles ankommt, jeglicher Verdacht von Eigenmacht oder Heimlichkeit entfernt wird. Ob hiebei das eine oder das andere Symbol mehr hervortrat, ob der gleiche Name durchgängig angenommen war, ist für das Wesen der Sache gleichgültig; genug, dass ein, wie wir sehen werden, formaler Act der Besitzeinweisung als gemeinsames althergebrachtes Recht der deutschen Stämme darf bezeichnet werden.

Soll nun aber das Verhältniss von traditio und investitura bestimmt werden, so müssen wir uns zuerst die Frage stellen, ob diese zwei Begriffe wirklich von Anfang an wenn nicht Gegensätze, so doch verschiedene Handlungen bezeichnet haben, wie das in den Quellen des 9. Jahrhunderts deutlich hervortritt.

Es hat v. Bar (Beweisurtheil S. 179, Note 330) ohne nähere Begründung, mehr vermuthungsweise die Ansicht geäussert, dass ursprünglich traditio und investitura zusammenfielen, der Abschluss des Rechtsgeschäfts auf dem Grundstücke selbst stattfand und dann naturgemäss mit sofortiger Besitzeinweisung verbunden war. Mir scheint es, dass sich diese Ansicht haarscharf beweisen lässt.

Ich gehe aus von den tit. 59 und 60 (resp. 61 und 62) der lex Ribuaria, welche wir nach den Untersuchungen Sohms (Zeitschr. f. R.G. V, S. 440 f.) als Bestandtheil eines dieser lex eingefügten Gesetzes des austrasischen Königs Childebert II. (Ende des 6. Jahrhunderts) betrachten dürfen. Ihrem Hauptinhalt nach haben diese zwei Titel processualische Bedeutung und unternehmen hauptsächlich die Regelung des noch neuen und ungewohnten Urkundenbeweises, geben aber bei dieser Gelegenheit einen wichtigen Hinweis auf die Form der Uebertragung von Grundstücken. Der wesentliche Inhalt dreht sich um die zwei Sätze: wenn der Erwerber eines Guts eine Urkunde über das Rechtsgeschäft will aufnehmen lassen (si testamentum venditionis accipere voluerit), so soll die Urkunde vor Gericht gefertigt werden; ist aber schriftliche Abfassung unmöglich (si testamentum accipere non potuerit) — und die Unmöglichkeit, einen Schreibkundigen zu finden, mag am Ende des 6. Jahrhunderts in Auster, zumal in dessen östlichen Theilen (Alamannien), oft genug vorgekommen sein — so soll der Beweis durch Zeugen, welche an Ort und Stelle zu führen sind, können gesichert werden. Da klarer Weise dieses Gesetz nicht etwa einen Gegensatz zwischen angeblicher gerichtlicher und aussergerichtlicher Eigenthumsübertragung aufstellt, sondern nur den Urkundenbeweis neben den Zeugenbeweis neu in das Recht einführt, so ist der Gedanke der: wer einen Brief erhalten kann, bedarf der Formalitäten nicht mehr, welche sonst zur Sicherung des Beweises nothwendig wären; daran anknüpfend dürfen wir weiter den an sich unlogischen Gegensatz von testamentum accipere velle und testamentum

accipere non posse in der Weise auflösen: wenn einer keinen Brief erlangen kann, so bleibe er beim bisherigen Rechtsgebrauch; wenn aber seinem Wunsch nach Ausfertigung einer Urkunde kann willfahrt werden, so mag er in der Urkunde den gehörigen Beweis für seinen Eigenthumserwerb finden, vorausgesetzt, dass sie formell genügend, d. h. vom Gerichtsschreiber abgefasst ist. Darnach dürfen wir die in tit. 60 enthaltene Angabe über die Art und Weise der Eigenthumsübertragung als das bei Veräusserung von Grund und Boden von Alters her übliche Verfahren ansehen. Dasselbe wird aber so beschrieben: wer ein Grundstück kauft, gehe mit einer je nach der Grösse des Guts verschieden normierten Anzahl von Zeugen zu dem locus traditionis, zahle dort den Kaufpreis und empfange den Besitz. Unter dem locus traditionis kann aber nur das veräusserte Grundstück selbst gemeint sein, da nirgends anders der Besitz kann ergriffen werden, und zum Ueberfluss beweist das noch die Formel Rozière No. 256. Somit ist traditio die reelle Uebergabe und Besitzeinweisung, dasselbe was später mit investitura bezeichnet wird, und wir haben hier die älteste Form der Uebertragung des Grundeigenthums: die Parteien gehen an Ort und Stelle, auf das zu veräussernde Grundstück, und vollziehen dort zugleich das Rechtsgeschäft und die Besitzeinweisung. In der That ist für eine Zeit, wo wenig oder nichts in Privatangelegenheiten geschrieben wird und die Rechtsformen sinnlich fassbar gebildet werden, der Erwerb von Grundeigenthum kaum anders denkbar als durch reelle Besitzergreifung; man braucht nicht das Argument herbeizuziehen, dass die enge genossenschaftliche Verbindung der Gemeindeglieder solches für die Nachbarn sofort offenkundige Vorgehen verlangt (v. Bar, l. c.); es genügt schon darauf zu weisen, dass das eigene Interesse des Erwerbers dieses Verfahren nothwendig herbeiführt. Denn solang die Abfassung von Urkunden nicht möglich oder noch nicht sehr üblich ist, erscheint Tradition an Ort und Stelle schon zur Stärkung der Erinnerung der Zeugen und Verminderung

späterer Zweifel über die Identität und die Grenzen geboten. Es ist überhaupt dieser Modus, wie ihn l. Rib. 60 beschreibt, so naturgemäss und dem einfachen germanischen Rechtszustande wie im Allgemeinen jedem jugendlichen Rechte so entsprechend [1]), dass schon darum gegen diese Auffassung des tit. 60 als einer Darstellung des alten Rechts ein Einwurf kaum denkbar ist. Unsre Ansicht wird aber noch durch eine Menge von spätern Zeugnissen unterstützt, welche hinwiederum ein helles Licht auf die im Eingang berührte Frage werfen, warum von investitura erst verhältnissmässig spät die Rede ist. Es wird nämlich noch das ganze 8. Jahrhundert hindurch und noch später, also zu einer Zeit, die doch sonst traditio und investitura schon sehr bestimmt trennt, der Ausdruck traditio für Handlungen gebraucht, die unzweifelhaft unter den Begriff der Investitur fallen. Vor Allem verdienen Erwähnung die beiden Formeln Rozière No. 255 und 256, welche unter der Ueberschrift traditura [2]) ganz denselben Vorgang beschreiben, den die langobardischen und die freisingischen Investiturberichte darstellen. Ferner

Meichelbeck, No. 492: Pervenerunt ad ipsum Wolfharii (des Schenkers) domum ibique congregatis testibus enarravit Wolfheri omnia. Placuit tunc omnibus, ut traditionem perfecisset [3]), et ita fecit ea ratione ut absciso proprie arboris ramo et coram cunctis in manus Wagonis tradidit et legitimos testes per aures traxit (Alles entsprechend dem tit. 60 der l. Rib.).

Trad. Scheftlar. a⁰ 762 (Mon. Boica, VIII, p. 363): Dedicata ecclesia accessi et per funis signo tradidi eam in manus episcopi.

[1]) Wie das Ed. Rothar. 183 (freilich aus Anlass anderer Fragen) sagt: sine traditione nulla rerum dicimus subsistere firmitatem.

[2]) Was durchaus gleichbedeutend mit traditio ist, wie auch die Urkunde No. 112 bei Wartmann concambituria statt concambium oder concambitio sagt.

[3]) Für perficeret; bekanntlich eine schon oft bemerkte grammaticalische Eigenthümlichkeit der Freisinger Urkunden.

Courson, Cartulaire de Rédon, No. 22: Pascuueten dedit locum et inmisit unum de suis missum, qui hanc donationem vice sua monachis ostendit et tradidit; factum est hoc super ipsam terram.

Sowohl das Darreichen von Baumzweig oder Glockenstrang (funis signum) als das Herumführen und Zeigen der Grenzen (ostendere) sind die bei der Investitur gern angewendeten Handlungen (Meichelbeck, No. 369. 510. 550. 111). So wird auch bei Wartmann No. 353 unter der facta traditio curte Campesias nichts anders als die Investitur dieses Gambser Hofs zu verstehen sein, von dem es unmittelbar vorher heisst: a die presente investimus. Besonders instructiv sind in dieser Hinsicht die Urkunden des Cartulaire de Rédon, eines Klosters in der erst spät dem Frankenreiche fest eingefügten Bretagne; in einer grossen Anzahl Urkunden daselbst heisst es: tradidit terram . . . factum est hoc super ipsam terram (z. B. No. 22. 40. 58. 64. 117. 151 und sonst.).

Wenn wir nun aber für die älteste Zeit den Satz aufstellen dürfen: Uebertragungen von Grund und Boden wurden an Ort und Stelle in Gegenwart von Zeugen vorgenommen, so lösen sich damit eine Reihe von mehr oder weniger erheblichen Streitpuncten, die unsre Literatur noch immer beschäftigen. Vorab kann dann die Gerichtlichkeit der Uebertragung, die gerichtliche Auflassung, nicht mehr als wesentlich und zur Rechtsgültigkeit der Tradition nothwendig, ja nicht einmal als ursprünglich im Gebrauche befindlich betrachtet werden, es wäre denn, dass man die auf dem Grundstücke versammelten Zeugen als Vertreter der Volks- und Gerichtsversammlung betrachten wollte, was man füglich von der Hand weisen darf. Es ist nun allerdings seit Beseler die früher herrschende Ansicht von der Nothwendigkeit der Gerichtlichkeit mehr und mehr zurückgedrängt worden und die gegentheilige Ansicht hat schon darum den ersten Schein für sich, weil die Urkunden von gerichtlicher Mitwirkung regelmässig nicht reden. Doch darf man finden, dass die Widerlegung der alten Ansicht bis-

her in nicht ganz genügender Weise ist versucht worden, und ich möchte daher die Frage hier kurz berühren, da sie wenigstens nach einer Seite einmal an unser Thema streifen wird, wenn sie auch für den eigentlichen Gegenstand meiner Untersuchung nicht erheblich ist und keine weitere Verwerthung finden kann. Die jetzt vorherrschende Ansicht geht im Wesentlichen dahin: Das Cap. a[i] 809 c. 26 (Pertz I, p. 157) de traditionibus ut in abscondito non fiant, in Verbindung mit den zahllosen Urkunden, welche nur der Zuziehung von Zeugen zu Traditionen gedenken, beweist, dass die Tradition regelmässig nur vor besonders dazu rogierten Zeugen geschah ohne Rücksicht auf den Ort der Handlung. Nur wenn der Käufer eine Urkunde erlangen wollte, forderte das ribuarische Recht tit. 59 (61) deren Abfassung vor Gericht und zu diesem Behuf gerichtliche Auflassung (so Beseler S. 39, Sandhaas S. 25). In einem solchen Fall kam es zu einem fingierten Rechtsstreit zwischen Veräusserer und Erwerber und in dessen Folge zu einem Gerichtsurtheil (Bethmann-Hollweg, S. 493), wie solche bei Bréquigny-Pardessus II, No. 434, 456, 473, 479, 535 uns aufbewahrt sind, wodurch somit schon in fränkischer Zeit für die ausnahmsweisen Fälle der gerichtlichen Tradition die Form nachgewiesen wäre, welche im Recht des spätern Mittelalters der gerichtlichen Auflassung eigen ist (vergl. Laband, S. 236 ff.). Diese Argumentation ist nicht ganz befriedigend. Vorerst ist es ein Widerspruch, wenn man das Erlangen einer Urkunde von gerichtlicher Abfassung und damit von gerichtlicher Auflassung des Guts abhängig erklärt, andrerseits aber die weitaus grösste Zahl der uns überlieferten Urkunden als Zeugnisse für die Nichtgerichtlichkeit der Uebertragung behandelt. Sodann ist unrichtig die meist bestehende Meinung, dass durch gerichtliche Verhandlung (Auflassung) die Tradition selbst ein gerichtlicher Act geworden sei; damit trägt man in den tit. 59 der lex Ribuaria etwas hinein, was gar nicht darin liegt. Diese Stelle behandelt, wie oben bemerkt, einzig die Erfordernisse der Urkunden und des Urkundenbeweises, dagegen die

Frage der Gerichtlichkeit oder Nichtgerichtlichkeit der traditio liegt ihr durchaus fern: nicht die traditio muss vor Gericht geschehen, sondern die Beurkundung muss in mallo, publice, erfolgen, mit andern Worten: die Urkunde, wenn sie die formal wirkende Kraft erhalten soll, wie sie der tit. 59 voraussetzt, muss unter öffentlicher Autorität vom Gerichtsschreiber abgefasst werden. Das ändert am Wesen der traditio nichts, diese geht nach wie vor auf dem Grundstück selbst vor sich, und braucht nicht vor Gericht vollzogen zu werden, um rechtliche Wirkung zu erlangen, der Käufer kann sich damit begnügen, vor Zeugen eine seinen Rechtserwerb manifestierende Besitzhandlung vorzunehmen (tit. 60), wie auch z. B. die Urk. No. 70 und 72 im tom. IV der Histoire de Metz sagen: Deprecatus sum insuper ut huius facti scriptum in pleno mallo levaretur et a comite, scabinis aliisque Deum timentibus firmaretur, nicht aber etwa: ut traditio in pleno mallo fieret. Aber wenn dem Erwerber die blose Tradition vor Zeugen nicht genügt, wenn er sich einen Beweis sichern will, der über das Leben oder die flüchtige Erinnerung der Zeugen hinausreicht, wenn er einen Brief über den Erwerb des Guts haben will, so muss er einen Gerichtsbrief erlangen, weil nur eine öffentliche Urkunde volle Beweiskraft hat (tit. 59, 8) [1], und zu diesem Behuf vor Gericht treten und eine Scheinvindication erheben und ein Urtheil provocieren, denn nur auf ein Urtheil hin wird die Urkunde ausgefertigt (Sohm, fränk. Reichs- und Gerichtsverf. S. 526 f.). Demgemäss hatte der tit. 59 und 60 der l. Rib., wenn er auch nur die Sicherung des Beweises durch Urkunde im Auge hatte und keineswegs gerichtliche Auflassung zur Gültigkeit des Rechtserwerbs als nothwendig erklärte, doch die Wirkung, dass wenn Jemand eine Urkunde

[1]) Sehr prägnanten Ausdruck giebt diesem Gedanken Adelchis cap. 8 (Pertz, IV, p. 212): Inconveniens consuetudo extitit, ut quisquis voluisset, si nosset, scribere brevem, undecumque oportunitas exegisset. Amodo autem decernimus, ut soli notarii brevem scribant, sicut et cetera munimina. Et quiscumque deinceps brebis fuerint absque notarii subscriptionem ostensus, nullam retineat firmitatem.

haben wollte (und diese Fälle wurden immer häufiger), er eine gerichtliche Auflassung vorausgehen lassen musste; diese also wurde nöthig nicht zum Rechtserwerb, wohl aber zur Erlangung der Urkunde. Aber neben der Auflassung bleibt die Tradition in voller Kraft bestehen und ist der eigentliche den Rechtserwerb bedingende Rechtsact. Als Resultat ergiebt sich also: zum Rechtserwerb an Grund und Boden bedarf es in ältester Zeit keiner gerichtlichen Handlung, sondern einzig der Uebertragung an Ort und Stelle; ob dennoch schon damals „zu mehrer Sicherheit“ gerichtliche Auflassung nachfolgen konnte, mag dahin gestellt bleiben. Dieser Satz bleibt auch in fränkischer Zeit bestehen, neu kommt dazu und tritt daneben die Möglichkeit der Beurkundung und durch diese bedingt die Nothwendigkeit der in jure cessio, aber auch nur für diesen Fall: der Erwerber hat auch jetzt noch die Wahl, sich der gerichtlichen Auflassung zu bedienen oder nicht, nur kann er in letzterm Fall zu keiner Urkunde kommen. Eben darum kann die Auflassung in keiner Weise die Tradition ersetzen und überflüssig machen, ihr Zweck ist nur, dem Gericht, das den Erwerb beurkunden soll, die Gewissheit zu verschaffen, dass kein begründeter Widerspruch gegen die (schon erfolgte) Tradition erhoben wird; zu diesem Zweck muss der Erwerber die dreitägige Gerichtsdauer auswarten (Rozière No. 366 und sessio triduana). Es ist das nothwendig, weil die Urkunde in mallo, publice abgefasst werden soll, also nicht nur nach Art unsrer Notariatsacten vom Bureau auf einfache Erklärung der Parteien hin kann ausgefertigt werden, sondern auf einem Urtheil basieren muss. In der langobardischen Praxis hat sich in Folge der Ausbildung des Notariatswesens das geändert: die Urkunde wird nicht mehr nach der Auflassung und auf Grund des Urtheils ausgefertigt, sondern vorher bei oder unmittelbar nach der Tradition, und dann kann der Erwerber, wenn er will, noch mit der Urkunde in der Hand vor Gericht treten: ecce charta, et ego paratus sum si ullus homo adversus me aliquid dicere vult, cum eo in legem stan-

dum et legitime finiendum (in vielen Urk. besonders bei Lupi). Hier sieht man recht deutlich, wie wenig traditio und Auflassung Ein Act geworden sind, und wie eben die (aussergerichtliche) Tradition der eigentlich rechtsbegründende Act ist, die Auflassung dagegen nur dazu dient, das erworbene Recht zu sichern und vor späterm Einspruch zu wahren.

Musste nun aber nach fränkischem Recht die Urkunde in mallo abgefasst werden, und musste zu diesem Behuf die Scheinvindication und dreitägige Auswartung und ein Urtheil erfolgen, so muss allerdings in allen Fällen, über die wir überhaupt Urkunden haben, eine Auflassung vorangegangen sein. In manchen Urkunden ist denn auch dieselbe erwähnt und mehr oder weniger ausführlich beschrieben. Aber meistens wird nur kurz der gerichtlichen Mitwirkung durch ein lakonisches publice gedacht: actum publice, facta cartula donationis publice u. dgl. ist die durchgehende Formel der Vergabungsbriefe des 7. und 8. Jahrhunderts. Dass dieses publice der Urkunden dem publice des tit. 59 leg. Rib. (testamentum publice conscribatur) entspricht, ist um so zweifelloser, als bisweilen so ganz nebenhin und wie zum Ueberfluss ein „in mallo, in placito publico“ hingeworfen wird [1]. Inwieweit die Ortschaften, welche als Ausstellungsorte der Urkunden aufgeführt werden, mit alten Malstätten zusammentreffen, wäre bei dieser Sachlage genauerer Untersuchung nicht unwerth [2];

[1] In alamannischen und bayrischen Urkunden besonders, z. B. Wartmann, No. 120: Actum in villa Tanninchova coram presentibus judicibus et cetero populo . . . S. Ratoldi missi domni Regis. Ego Waringisus cancellarius scripsi. No. 246: Actum publice signa et ceterorum virorum, in quorum presentia actum est, videlicet Caramanni comitis in cuius concilio actum est. No. 297. 325. 426. 565—567. 643. Für Bayern: Meichelbeck, No. 529: Hoc factum est in publico synodo ad Frigisingas. Vergl. No. 6. 8. 35. 86. 115—117. 212. 360. 559. Für Franken: Schannat, Hist. Wormat. II, p. 10: Actum publice coram Werinhario comite. Dronke, No. 388: Facta traditio in conventu publico coram comite et judicibus suis. etc. etc.

[2] Wenn schon früh die Concilien Verbote erlassen, ut placita publica et saecularia neque in atriis basilicarum neque in ipsis basilicis.

aufgefallen ist mir z. B. in den St. Galler Traditionen das häufige Vorkommen von Vinomna als Ausstellungsortes zahlreicher, sonst keine Spur von gerichtlicher Verhandlung aufweisender Urkunden: Vinomna aber, das spätere Rankwil, war und blieb die uralte Malstatt Unterrhätiens. So ist auch bei Meichelbeck sehr oft Freising als Ausstellungsort der Urkunde bezeichnet, obschon das tradierte Gut nicht in dieser Stadt lag. Man beachte ferner (was man namentlich bei Wartmann und bei Zeuss, Trad. Wizenburg. deutlich und übersichtlich verfolgen kann), wie der Name des Ausfertigers der Urkunden jeweilen durch eine lange Serie von solchen der gleiche bleibt, und bald den Titel cancellarius, bald das Prädicat notarius führt, wie z. B. der in den Urkunden bei Bréquigny-Pardessus um das Jahr 717 häufig functionierende Lodoin oder Leudoin, was auch wieder darauf hinweist, dass diese scheinbar ohne Mitwirkung des Gerichts ausgestellten Briefe eben doch Gerichtsurkunden im Sinne des tit. 59 der l. Rib. sind. Auch wenn sich Geistliche, selbst solche niedern Rangs, diaconi u. dgl., als Schreiber kundgeben, spricht das keineswegs gegen die gerichtliche Abfassung der Urkunde, denn einerseits wurde solche Aushilfe bei Verhinderungsfällen des Cancellarius oft nöthig, wie wir aus den Beispielen sehen, wo ein „amanuensis“ als Aussteller functioniert, oder z. B. aus Wartmann No. 297: Ego Amalger ad vicem Cristiani cancellarii scripsi, andrerseits wurden für die Besorgung der Gerichtsschreibergeschäfte, die gewiss keinen ständigen Beamten erforderten, wohl vorzugs-

fiant (Concil. Arelat. VI. c. 22. Conc. Mogunt. c. 7. Conc. Turon. III. c. 39, sämmtlich vom Jahr 813; dazu Capit. a[i] 813 bei Pertz, I, p. 190. c. 21), so ist nicht daraus zu schliessen, dass die alten Malstätten schon damals seien verlassen worden, sondern nur, dass an den alten Malstätten, wo sich Kirchen befanden, die Gerichthaltenden, etwa um sich vor der Ungunst der Witterung zu schützen, in die Kirchen zurückzogen und Belästigung oder Störung des Gottesdienstes dadurch bewirkten, daher das Verbot. Dass es dennoch oft geschah, zeigen die fortdauernden Ausdrücke der Urkunden: actum publice in monasterio, in ecclesia u. dgl., wobei eben nach dem Obigen nur an Gerichtsversammlungen in Kirchen zu denken ist.

weise Geistliche als die fast einzig Schreibkundigen zugezogen, wie z. B. der eben angeführte Christian wohl identisch ist mit dem der Urk. No. 306: Ego Heribald ad vicem Cristiani presbiteri scripsi.

Aus dem Gesagten scheint mit Gewissheit hervorzugehen, dass zwar die uns aus dem 7. und 8. Jahrhundert enthaltenen Urkunden über Eigenthumsübertragungen durchgängig eben die in tit. 59 der l. Rib. genannten testamenta in mallo publice conscripta sind, somit in Folge gerichtlicher Auflassung entstanden, dass jedoch andrerseits die Auflassung nicht nothwendig war, wenn man keine Urkunde begehrte, und in keinem Falle mit der traditio zusammenfiel, diese letztere also unberührt liess, und dass somit die traditio an Ort und Stelle noch eigentlicher Eigenthumsübertragungsact blieb, während die Verbriefung nur eine an sich überflüssige Verstärkung der Sicherheit des Erwerbes war[1]). Ut traditio firmior sit, propria manu subscripsi. Quam concessionem ut firmiorem obtineat vigorem, manu propria subterfirmavimus et testium roborare rogavimus. Haec donatio ut firmior sit, cartam a me factam propria manu firmavi coram testibus u. dgl. ist die beliebte Formel der Urkunden. Firmare und firmatio bezeichnet also in erster Linie, wie das schon aus dem Worte selbst hervorgeht, einfach die Bekräftigung und Sicherung einer Veräusserung durch Ausstellung einer Urkunde: in diesem Sinn sagt l. Alam. Hloth. 1: per cartam firmitatem faciat, l. Baiuw. I, 1: hoc per epistolam confirmet, und lautet die Eingangsformel fränkischer Briefe: leges et jura sinunt, ut de facultatibus suis quisque quod facere voluerit liberam habeat potestatem, et hoc solemni scriptura pro temporum serie firmetur; in zweiter Linie die Ausstellung, speciell das Unter-

[1]) Zwar, sobald die Abfassung einer Urkunde mehr und mehr regelmässige und selbständige Beigabe der traditio wurde, äusserte sich auch wohl die Lust, diese firmatio per cartam geradezu als wesentliches Requisit einer vollgültigen Veräusserung zu behandeln, vergl. l. Alam. Hloth. 19. l. Burg. 99. Aber besser als solche Gesetze wirkte das eigene Interesse des Erwerbers.

zeichnen der Urkunde selbst, z. B. manu propria firmavimus, oder quia nos in ipsa carta scribere non potuimus, Blittrudem conjugem nostram rogavimus, ut ipsam firmare ad nostram vicem deberet, quod ita et fecit. Man muss diese Bedeutung von firmatio festhalten gegenüber der Meinung, als ob der Firmationsact irgendwie in einer nothwendigen Verbindung mit der Tradition gestanden habe; Beides sind verschiedene Dinge, die allerdings der Zeit nach nahe zusammenfallen konnten, desshalb aber doch begrifflich geschieden blieben. Dass jedoch regelmässig die firmatio der traditio nachfolgte, oft lange nachher erst eintrat, entspricht vollkommen der Natur der Dinge: die Hauptsache war die traditio am Platze selbst, die Urkunde sollte nur den Beweis der Uebertragung sichern und wurde also am passendsten erst abgefasst, nachdem das Rechtsgeschäft vollzogen war. Wie es aber in solchen Fällen zu geschehen pflegt, die Sache wird verschoben und versäumt, es tritt bald auf dieser, bald auf jener Seite ein Hinderniss ein, und so wird oft lange nachher erst die Sache durch Ausfertigung der Urkunde erledigt. Diese zeitliche Trennung von traditio und firmatio in angegebener Weise, d. h. das Vorausgehen der erstern und das oft späte Nachfolgen der letztern, zeigen uns nun noch als durchgehende Regel die Urkunden von Rédon im 9. Jahrhundert, also zu einer Zeit, wo sich anderwärts die Uebung schon umgestaltet hatte, wie wir bald sehen werden. So gleich No. 1 bei Courson: Ratuili donavit ei locum Roton. Deinde intravit Conuuoion in ipso loco. Post hoc venit Ratuili ad ipsum locum et firmavit locum eis. Sonst regelmässig: donaverunt oder tradiderunt terram postea vero firmaverunt hanc donationem coram multis nobilibus, ante ecclesiam Rufiac u. dgl.

Kehren wir zu unserm Hauptthema zurück, so gilt uns als Resultat des bisher Ausgeführten, dass das älteste deutsche Recht nichts von einem Gegensatze zwischen traditio und investitura wusste, dass die Eigenthumsübertragung sich durch körperliche Einweisung vollzog, und dass diese Einweisung in

den Quellen bis tief ins 8. Jahrhundert traditio genannt wird. Dass der deutsche Ausdruck hiefür „geweren“ und „Gewere“ war, und dass der Ausdruck vestitura auch schon vorher als synonym mit traditio bekannt, wenn auch nicht beliebt war, können wir mit Hinweisung auf das sehr alte manu vestita possidere vermuthen, ohne Sicheres darüber zu wissen. Aber schon seit Anfang, stärker dann seit der Mitte des 8. Jahrhunderts beginnt sich eine bemerkenswerthe Aenderung zu vollziehen.

Es sind die Vergabungen an die Kirche, welche wirkungsvoll hier eingreifen, um den Begriff der traditio neu zu gestalten und die beiden bisher verbundenen Acte des Abschlusses des Rechtsgeschäfts und der factischen Besitzeinweisung von einander zu scheiden. Es genügt ein flüchtiger Blick in die Traditionen von Lorsch, Fulda, St. Gallen, Weissenburg, Freising u. s. f., um zu bemerken, dass die Schenkungen regelmässig im Kloster erfolgen und das Versprechen auf den Altar der Kirche abgelegt wird. Hiefür werden nicht nur die Bezeichnungen dare, donare, condonare u. dgl. gebraucht, sondern geradezu und ganz durchgängig tradere und traditio.

Meichelbeck, No. 300: ut coram testibus in altare S. Mariae tradidissent traditionem in altare S. Mariae posuerunt. No. 224: traditionem, quam feci ad altare S. Mariae. No. 350: tradidit in altare S. Mariae. No. 510: accessit ad altarem et tradidit, und öfter.

Courson No. 28: intravit in aecclesia Roton. et tradidit hereditatem. No. 37: tradens eam per manicam suam super altare S. Salvatoris. No. 188: in Rotonensi monasterio, tradens terram super altare S. Salvatoris ex manu propria.

Diese durchaus neue Verwendung des Wortes traditio für das Rechtsgeschäft (der Schenkung u. s. f.) findet ihre Erklärung in dem natürlichsten Grunde von der Welt: Schenkungen nimmt man jederzeit gern an, ohne vorher Zustand, Umfang, Werth u. s. f. des geschenkten Guts geprüft zu haben;

die Anwesenheit auf dem Grundstücke ist hier dem Erwerber nicht ein Bedürfniss, wie einem Käufer, der den Kauf nur nach genauer Besichtigung des Guts abschliesst. Wenn nun, wie das No. 510 bei Meichelbeck so drastisch beschreibt, nach feierlichem Gottesdienste, wo der Bischof mit beredter Zunge den Trost der göttlichen Verheissungen und die himmlische Vergeltung für die Hingabe irdischen Besitzes gepriesen hatte, ein Zuhörer in raschem Eifer der Begeisterung eine Vergabung auf den Altar gelobte und Andre, durch das Beispiel entflammt, zerknirschten Herzens nachfolgten, so war der federgewandte Priester oder Diacon sofort bei der Hand, um dieses Rechtsgeschäft zu verbriefen[1]), und dass man in der Urkunde nun auch in althergebrachter Weise von traditio sprach, ist sehr natürlich. Ebenso erschien es auch in andern Fällen, wo Jemand vor den Bischof oder den Abt trat und seinen Willen, eine Vergabung zu machen, kundgab, nicht nothwendig, zuerst auf das vielleicht weit entfernte Gut zu gehen und dort die traditio zu vollziehen, auch wenn keine Abkühlung des Eifers oder ungünstiger Einfluss von Verwandten zu besorgen war, sondern es wurden die Geistlichen der Stiftskirche oder die Mönche des Klosters zusammenberufen und in ihrer Begleitung trat der Schenker vor den Altar und vollzog die Tradition, wie das die Urkunden von Redon namentlich so deutlich zeigen. Und bei Vergabungen auf Rundreisen eines Bischofs oder Abts ersetzte den Altar das Reliquienkästchen, das der geistliche Herr mit sich führte, und auf das tradiert wurde.

Durch diese Neuerung wurde aber die reelle Uebergabe an Ort und Stelle keineswegs überflüssig. Vielmehr tritt nun eben sofort mit dieser Gestaltung der Dinge die investitura als Ergänzung und Vollendung der Tradition auf. Schon gleich bei der Schenkung liess man sich gern vom Schenker Bürgen

[1]) Von einer Abfassung der Urkunde in mallo, publice, ist in solchen Fällen allerdings nichts ersichtlich, und vielleicht erklären sich aus diesem Mangel auch theilweise die häufigen iterationes der Schenkungen, von denen noch später zu reden sein wird.

für die Investitur bestellen [1]). Wie sehr die ursprüngliche Identität von traditio und investitura noch nachklingt, zeigen am besten die zahlreichen Urkunden, welche von investitura traditionis (z. B. Meichelbeck No. 382, 549, 615) oder geradezu von fidejussores traditionis reden, wo offenbar Investitur gemeint ist (z. B. Meichelbeck No. 486. 503), oder welche, indem sie das Investiturverfahren beschreiben, nur den Ausdruck tradere oder traditionem perficere brauchen.

> Courson No. 115: Venit Conuual in ecclesia S. Salvatoris et tradidit ad vesperum petiolam de terra. Et postea venit Conuual supra supradictam terram, manifestans suam elemosinam, tradens supradictam terram in manus Tridboud.
>
> Meichelbeck No. 395: Fidejussores ad vestituram seu firmitatem huius traditionis perficiendam.
>
> Meichelbeck No. 403: Erlapald et Adolf accesserunt ad altare S. Mariae et tradiderunt pro Erlolfum tertiam partem territorii Erlolfi. hoc fecit Erlapald et Adolf, qui tunc missi Erlolfi hanc traditionem perficere fuerunt, et fecerunt ita.
>
> ibid. No. 492: placuit ut traditionem perfecisset, et absciso arboris ramo tradidit et ita iterum perfecit. S. o. S. 8.
>
> Iuvavia (Kleinmayrn), diplom. Anhang S. 168: ita traditio peracta est, ut Rahuuin locum in proprietatem possideret, illiusque vestitores sunt... et vestiture testes...

Die Investitur selbst zeigt sich uns in erster Linie mit dem wesentlichen Requisit ausgestattet, das der tit. 60 (62) der lex Rib. für die Tradition fordert: cum testibus ad locum traditionis accedat et possessionem accipiat: in Gegenwart von Zeugen [2]) wird der Erwerber entweder vom Veräusserer in

[1]) Beispielsweise Meichelbeck, No. 339. 402. 530. 595. 605. 631. 639. 719.

[2]) In der Regel sind es die schon bei der Tradition zugezogenen (Dronke No. 87) oder eine Delegation aus ihrer Mitte (Cod. Lauresham. I, p. 585. Trad. Garst. [im UB. des Landes ob der Enns, I.] No. 21. 23. 86 u. s. f.). Auch das ist ein Hinweis auf die ursprüngliche Einheit von traditio und investitura.

das Grundstück eingeführt oder er begiebt sich, wie das in langobardischer Uebung hauptsächlich begründet war, ohne Begleitung des Veräusserers auf das Gut (Fumagalli, No. 58, 62, 71 etc.). Ausserdem aber erscheint diese Handlung nun mit der allerreichsten Symbolik und Solennität umgeben [1]). Nicht nur wird die Urkunde über die Tradition feierlich verlesen und die Uebereinstimmung der darin enthaltenen Grenzbeschreibung mit dem wirklichen Bestand des Guts durch dessen Umschreiten (circumitio Meichelbeck No. 111 und öfter) constatiert, sondern der Erwerber macht seine Besitzergreifung recht augenfällig durch Ergreifen des Thürpfostens, per columna de casa, per ostium (regelmässig in den Investiturbreven bei Fumagalli, Muratori, Ant. It. II, p. 241, Vaissette II, No. 12, doch auch in Deutschland, z. B. Rozière, No. 255, 256, 258, Meichelbeck, No. 369), durch Stehenbleiben auf der Thürschwelle, per superliminarem (Meichelb. No. 538), durch Einstecken oder Ergreifen eines Pfahls, per asserem (Meichelbeck, No. 369), durch Ausheben eines Stückes Rasen, per cespitem, per motoa terre (Rozière No. 258, Fumagalli, No. 112), durch Ziehen einer Furche (ibi arare fecit, Fumagalli No. 74), durch Abheben und Wiedereinfügen eines Stücks der Dachbedeckung (wenn so das in casas discopersit et copersit vestitura abendum bei Fumagalli No. 74 darf gedeutet werden), durch Abbrechen eines Baumzweigs, absciso arboris ramo (Meichelbeck, No. 492, Rozière, No. 258), bei Kirchen durch Ergreifen des Glockenstrangs, per funiculum signi, per cordam unde signum tangitur (Meichelbeck, No. 369, 510, 550) oder durch Anfassen der Franse des Altartuchs, per fimbriam pallii jacentis super altare (Meichelbeck, No. 661) [2]).

[1]) Von Symbolen kann allerdings nur insofern die Rede sein, als „ein kleiner Theil das Ganze vertritt“ (Grimm, R. A. 109 f. v. Bar, Beweisurtheil Note 330). Vergl. Albrecht, Note 126.

[2]) Dass die Formel Roz. No. 258, welche viele dieser Acte häuft, von Investitur handelt, kann nicht zweifelhaft sein, weil von traditio per servo meo, also Einführung in das Gut durch den damit beauftragten Hörigen die Rede ist. — Das dreitägige Sitzenbleiben bei Mei-

Ob diese solennen Formen erst jetzt aufgekommen sind? Ich glaube es nicht; sie sind wohl uralt, aber sie mögen theilweise local gewesen sein, wenn es nicht auf Zufälligkeiten beruht, dass sie hauptsächlich in bayrischen und langobardischen Urkunden erwähnt werden [1]).

Einfach erledigt sich nun auch die Frage, an welcher sich z. B. Sandhaas S. 41 f. noch in vergeblichem Versuch abgemüht hat, welche dieser Handlungen der Tradition, welche dagegen der Investitur angehört hätten. Die Frage fällt für die erste Zeit nun von vorneherein weg; für die spätere, wo traditio und investitura aus einander treten, bleiben sie sämmtlich der Investitur. Bei der traditio werden nur erwähnt carta cum penna et atramentario, festuca und Handschuh in seinen beiden Gestalten von wanto und andelang. Hiervon kann Pergament mit Feder und Schreibzeug nicht als Symbol gelten, sondern als nothwendiges Requisit zur Abfassung der Urkunde; die festuca ist der Tradition nicht auschliesslich eigen, repräsentiert auch nicht in symbolischer Weise ein Grundstück, sondern ist das Zeichen des strengen fidem facere und wird überhaupt bei jedem Versprechen, das formal verhaftend wirken soll, dargereicht [2]), und so bleibt nur der Handschuh (manica,

chelbeck, No. 412, 423, 456, 467, Wartmann, No. 49, Beyer, I, No. 374 ist dagegen nicht Investituract, sondern Auswarten der Einsprachen während der dreitägigen Gerichtszeit.

[1]) Es ist sogar wahrscheinlich, dass die Langobarden die meisten dieser Formen nicht als eine bei ihnen hergebrachte Uebung kannten, sondern von den Deutschen diesseits der Alpen entlehnt hatten. Die bei Muratori Antiq. It. II, 241 abgedruckte Urkunde über eine Investitur von 864 giebt ihre Beziehung auf fränkisches Recht deutlich zu erkennen. Und später, als man diese Symbole theilweise auf die traditio übertrug (S. unten S. 22 Note 3), erklärt wenigstens das cartularium Langob. (bei Pertz, IV, p. 595) Baumzweig und Erdscholle als von den Langobarden nicht angewendet.

[2]) Daher: per suum wadium una cum legibus fide facta reddiderunt et per festucam se dixerunt exitum (Schöpflin, Als. dipl. I, No. 56). Bouquet, Scriptores, V, 697: per suum wadium visus fuit revestisse, postea per suam festucam se exinde dixit esse exitum. Vergl. ebenda V, 746. VI, 653 und sonst. Dazu Sohm, Process der lex Salica, S. 19 Note 2.

wanto, wandium, andelang, andelagnus)[1], der namentlich in bayrischen, alamannischen und bretonischen Urkunden viel erwähnt wird[2], und als Zeichen der Gewährschaft, die der Veräusserer gegenüber dem Erwerber übernimmt, zu betrachten ist. Bei Franken, Alamannen und Gothen erwähnt das Cartul. Langob. in Uebereinstimmung mit den Urkunden noch das Messer, hinsichtlich dessen Verwendung ich die Erklärung von Michelsen (festuca notata S. 26) anzuzweifeln keinen Grund sehe. Dass man, solange der Schwerpunkt für die Eigenthumsübertragung noch entschieden in der Gutsübergabe lag, zu den Traditionen ante altare nicht Zweig und Rasen, cespes, ramus, waso vom Grundstück mitbrachte, ist natürlich, da man doch unmittelbar oder bald nachher auf das Gut gieng und dort die Uebergabe vollzog. Erst seit Anfang des 9. Jahrhunderts finden sich spärlich und vereinzelt solche Handlungen auf die Tradition übertragen und als reine Symbole mit dieser verknüpft, wie z. B. bei Meich. No. 421 und 484, Courson No. 7, 99 und sonst Zweige auf den Altar gelegt oder in den Klostergarten gepflanzt werden, und dies nimmt im Laufe der Zeit so überhand[3], dass die alte Investitur aller Formalitäten entkleidet wird, ja sogar der Name investitura, den man sich nur in Verbindung mit jenen Formalitäten dachte, zumal im Lehnrecht sich von der Besitzeinweisung zurückzog und auf die der blosen traditio entsprechende Handlung, die Lehnung, angewendet wurde (II F. 2, pr.).

Nicht unbemerkt mag endlich bleiben, dass diese Sonde-

[1]) Der andelang wird im Cartul. Langob. (Pertz, IV, 595) als alamannischer Brauch bezeichnet, kommt aber auch in fränkischen Urkunden vor. Muratori, Antiq. It. II, 248, 251, 257 und öfter.

[2]) Zeuss, No. 143. 232. 233. 237. Meichelbeck, No. 390. 468. Courson, No. 37. 68. 79. 123. 221.

[3]) Wie im Lauf des 9. Jahrhunderts die in Italien wohnenden Franken und Alamannen den Zweig und den Rasen vollständig auf die traditio übertrugen, zeigen zahllose Urkunden, z. B. Muratori, Ant. It. I, 367. II, 134. 265. 279. Chart. I, p. 91. 131. 139. 153. Lupi, II, 73. 179. 259. 323. Moriondus, I, col. 17.

rung von traditio und investitura, jener als des Vorangehenden, dieser als des Nachfolgenden, sich nicht als ausnahmslose Uebung festgestellt hat. Vorab bei Verkauf oder Tausch von Grundstücken gieng die Investitur in alter Weise der Abfassung der Urkunde, in welcher nunmehr ja die Tradition eingeschlossen erscheint, regelmässig voraus. Natürlich: ein Käufer mochte das Grundstück zuerst ansehen wollen, bevor er den Preis versprach oder gar zahlte, und dann bot die Anwesenheit auf dem Grundstück Gelegenheit zu sofortiger mündlicher Vereinbarung und Vornahme der Investitursolennitäten, während erst nachher der Notar zur Abfassung der Traditionsurkunde requiriert wurde. So:

Chart. I, p. 37: Nos . . . accipimus ad Gariardo solidos XIIII in precio pro pecias duas, unde nos eum investivimus ad proprietatem et ei obligavimus ut ei exinde cartolam vinditionis emitere debuissemus. Sed dum Gariardo mortis hocasum coniunxit, modo accipimus ad te Bernardo filius Gariardi solidos septem, unde ipse genitor tuus de ipsis rebus nobis debitor fuit, fenito precio pro ipsis campis quantumcumque genitor tuus de nostris partibus investidura abuit, omnia de nostro dominio in tuo ad presenti die vindedimus et tradedimus.

Wartmann No. 557: donavi et in concambio accepi, quicquid in die concambii cum testibus circuivi tali ratione, ut deinceps utraque pars pro possessione propria firmitatis emissionem habeat.

Meichelbeck No. 302: petentes, ut episcopus suos missos cum illis transmitteret, ut viderent territorium, antequam tradidisset, quod tradere dispositum habuit. Ita et fecerunt et circumduxit eos Ejo et Alphart et ostenderunt eis omnia loca. Tunc veniens Ejo et Alphart et tradiderunt ad altare S. Mariae omnia, quae ante missis episcopi ostenderunt.

Ebenso Cod. Lauresham. II, 400. Wartmann No. 409.

Meichelbeck No. 540 (s. auch Merkel, Zeitschr. f. RG. II, S. 157).

Bei Dronke No. 453, 457 wird die Investitur an demselben Tage wie die Tradition vollzogen, doch bleibt ungewiss, ob vor- oder nachher. Ebenso ist das zeitliche Verhältniss von traditio und investitura nicht ganz sicher in allen den Traditionen, welche der Investitur blos soweit erwähnen, als sie die dazu beigezogenen Zeugen aufführen: item testes investiturae, während hinwieder die Formel testes qui viderunt investituram eher auf vorangegangene Besitzeinweisung deutet. Dem aus den Quellen empfangenen Eindrucke, dass doch regelmässig die investitura der traditio nachgefolgt sei, darf man sich darum nicht zu sehr hingeben, weil die Quellen in dieser Hinsicht einseitig sind, d. h. vorwiegend von Schenkungen berichten, wo ja allerdings dieses Vorgehen sich besonders leicht bildete und empfahl.

§ 2. Rechtliche Wirkung von traditio und investitura.

Es drängt sich dem Leser die Frage auf, was für einen Zweck die vorstehende lange Erörterung über Tradition und Investitur in Bezug auf unsern Gegenstand haben könne. Ich läugne nicht, dass direct damit noch nichts gewonnen ist, und dass wenn in der Literatur tabula rasa vorläge, ich wohl auch nicht so weit ausgeholt hätte. Aber solang wir noch in der neuesten Auflage (der zehnten) von Gerbers deutschem Privatrecht § 89, Note 2 Sätze lesen wie: „Ob die Uebertragung des Grundeigenthums schon in der älteren germanischen Zeit gerichtlich geschehen m u s s t e, oder ob sie auch vor Zeugen erfolgen konnte; und in welchen Fällen und bei welchen Volksstämmen dies zulässig war, ferner ob in der ä l t e s t e n Zeit der gerichtliche Act traditio, der Act der Einweisung aber investitura geheissen habe oder umgekehrt, darüber wird ein noch immer nicht entschiedener Streit geführt", solang muss sich auch, wer über die Gewere schreibt, den Rücken sichern und das Feld, das die Saat aufnehmen soll, von Stein und

Unkraut säubern. Aus dem gleichen Grunde darf ich auch jetzt noch nicht den Leser in den Gegenstand selbst hineinführen, sondern muss die Vorfrage erledigen, welche rechtliche Wirkungen traditio und investitura hatten. Dass das übrigens unsere Hauptuntersuchung zu erleichtern geeignet ist, wird sich bei dieser selbst in vollem Mass bewähren.

Wie sehr man über den rechtlichen Gehalt von traditio und investitura und ihr rechtliches Verhältniss zu einander im Dunkel tappt, mag folgende kurze Ueberschau der Hauptansichten zeigen.

Albrecht, von seinem voreingenommenen Standpunkt in Werthung der Gewere als des Grundes der dinglichen Klage ausgehend, erklärte S. 65, der erste Act, traditio, dürfte zur Uebertragung der Gewere (d. h. des Mittels zur Klage) nicht hingereicht haben, erst dem zweiten (investitura) sei diese Wirkung zugekommen. Das hat Häberlin (Bearbeitung von Meichelbeck, S. 7) einfach nachgeschrieben in der Formulierung: die traditio giebt einen Anspruch auf die geschenkte Sache, aber noch nicht die Gewere. Man darf sich wohl wundern, dass diese Schriftsteller, die doch sehr wohl die Identität der Begriffe Gewere und investitura kannten, einen Satz niederschreiben konnten, der rein nichts anderes sagt als: damit Jemand an einem Gut die Gewere erlange, muss er sich die Gewere erwerben. Ihre Meinung freilich ist: die Tradition an sich giebt noch nicht das dingliche Recht, Eigenthum u. s. f., dieses wird erst durch die Investitur erworben. Dem gegenüber legte dann Beseler (Erbverträge, I) das ganze Gewicht in die traditio: durch diese gehe sogleich das Eigenthum oder sonstige dingliche Recht über und die Investitur habe blos den Zweck, allfällige factische Hindernisse aus dem Wege zu räumen. Ich weiss nicht, ob ich Merkel als Beselers Meinungsgenossen bezeichnen darf; er ist, wenn nicht sich selbst widersprechend, doch sehr undeutlich [1]). Sandhaas,

[1]) Er sagt (Zeitschr. f. Rechtsgesch. II, S. 157): „Neben dem Traditionsact, wodurch der Rechtserwerb vollzogen wurde, bildet die In-

v. Bar (S. 179) u. A. hinwiederum fassen die traditio als blosen Veräusserungsvertrag und lassen erst durch die Investitur das dingliche Recht begründet werden. Eine Mittelmeinung endlich wird vertreten durch Brackenhöft (Zeitschr. f. deutsches Recht VIII, S. 49 ff.), der von der investitura die Erwerbung der rechten Gewere abhängig macht, und neuerdings wieder von v. Brünneck (über den Ursprung des sog. jus ad rem), der die traditio als dinglichen Vertrag mit der Wirkung sofortigen Eigenthumsübergangs bezeichnet, die Investitur aber als nothwendig erklärt, um das durch die traditio erworbene Recht nach Ablauf von Jahr und Tag auch ohne den Schutz des Gewährsmanns zu vertheidigen.

Die Begründung dieser verschiedenen Ansichten ist selbst in den Werken, welche ex professo die Frage untersuchen, ziemlich mager ausgefallen und hat das Hauptgewicht auf Nebenpuncte gelegt, welche nach keiner Seite etwas beweisen. So legen Beseler sowohl als Brackenhöft und v. Brünneck für die Ansicht, dass an die traditio der sofortige Eigenthumsübergang geknüpft gewesen sei, grosses Gewicht auf die stets wiederkehrende Formel der Kauf- und Schenkungsbriefe: a die praesente do, dono, trado atque transfundo donatumque in perpetuum esse volo; ab hac die liberam habeatis potestatem possidendi et quicquid placuerit faciendi, u. dgl. Dieser Grund fällt dahin, weil der Ausdruck a die praesenti nicht in Beziehung zur Investitur gestellt ist, d. h. nicht die beiden Momente von traditio und investitura im Auge hat und auseinander hält[1]), sondern seinen Gegensatz in der donatio post

vestitur die Einsetzung in den Besitz." Den Rechtserwerb vollziehen ist doch wohl gleichbedeutend mit: das Eigenthum oder das sonstige dingliche Recht erlangen. Wie verhält sich dann aber dazu S. 159: „Auf diese Besitzeinweisung hatte der Erwerber... rechtlichen Anspruch dritten Personen gegenüber wohl nur dann, wenn nach geschehener Uebertragung des Rechts durch Tradition Bürgen für die Investitur gesetzt worden waren." Dann lag also ohne Bürgschaftsbestellung doch kein „Vollzug" des Rechtserwerbs vor.

[1]) Im Gegentheil z. B. Meichelbeck No. 538: firmiter tradidi in capsa S. Mariae, ut ab hodierno die in vestitura et potestate permansisset

obitum oder der Schenkung mit Niessbrauchsreservation findet. Ein Ueberblick über eine beliebige Traditionensammlung wird das bestätigen [1]), so dass es kaum nöthig ist, noch Urkunden aufzuführen, welche diesen Gegensatz ausdrücklich hervorheben, z. B. Fumagalli No. 72: nihil mihi reservavi, sed ad presenti die trado et investitura ipsa terra; Dronke No. 120: trado in villa Marchereshusom quicquid proprietatis habere video, ea ratione, ut illud habeam ad vitam meam, post obitum vero meum vos eorum firmissimam habeatis potestatem; necnon in aliis duabus villulis duas tradidi hobas; illas a tempore traditionis in vestra firmiter stare volo potestate.

Weitere Beweise, welche Beseler für seine Ansicht aus Cap. Lud. Pii leg. add. c. 6. a. 817 und Meichelbeck No. 345 glaubt entnehmen zu können, sind durch die gewiss richtigen Bemerkungen von Sandhaas (S. 60 f., 69) aufgehoben, wie ich noch näher darzulegen hoffe. Andererseits aber genügen solche Belege auch nicht, um die Behauptungen von Sandhaas unanfechtbar zu stellen, weil sie die Wirkung der Investitur nur nach einer ganz bestimmt abgeschlossenen Seite erörtern. Der Umstand weiter, den Beseler als „stärksten Beweis“ für

domui S. Mariae. — Cartulaire de S. Victor de Marseille I, No. 109: Dono quantum videor habere in tali conventu, ut quamdiu vixero teneam et possideam, excepto uno manso quem in vesticionem dono S. Victori in presenti.

[1]) S. übrigens Roth, Feudalität, S. 152 ff. Bisweilen heisst es: post diem obitus mei a die praesenti ipsas res in eorum revocent dominacione, oder: post nostrum discessum a presenti die abbas debeat revocare (Bréquigny-Pardessus No. 554. Zeuss No. 45, 137). Das heisst nur: sofort mit dem Tag meines Hinscheids, wie bei Vaissette I, No. 42: post discessum meum ecclesiam in presenti recipiant canonici, oder bei Muratori II, 247, 249: offero presenti die obitus mei ad jure monasterii. Andere Stellen, wie Meichelbeck No. 108: dono ab hodierno die, ut post obitum meum (der Schreiber fällt aus der Construction) tradidi, oder Wartmann No. 18, 19: dono post discessum meum a die praesente trado, sind entweder unsorgfältiger Abfassung entsprungen oder durch Meichelbeck No. 70 zu erklären: ut post obitum cum praesenti traditione pertinere debeat, wie wir jetzt sagen: durch gegenwärtiges Instrument schenke ich auf den Todesfall.

seine Ansicht namhaft macht, dass nämlich das tradierte Grundstück sogleich, ehe noch die Investitur beschafft war, von dem Empfänger wieder zu Nutz und Gewere konnte ausgethan werden, steht nicht so felsenfest wie Beseler annimmt, da wir eine Menge Beispiele haben, wo trotz Niessbrauchsvorbehalt und Precarie dennoch die Investitur an den Beschenkten und Wiederleihenden vollzogen wurde und dies in älterer Zeit die Regel gewesen zu sein scheint (Dronke, No. 87. 117. 118. 420, Meichelbeck No. 369. 538. 540. 661 u. öfter).

Es konnte aber Beseler und Sandhaas die Begründung ihrer Ansichten nicht gelingen, weil der Satz, den sie zu ihrem Beweisthema genommen hatten, von vorneherein schief formuliert, in einer dem deutschen Recht nicht entsprechenden Weise gefasst war. Beide operieren von dem Gegensatze dinglicher und persönlicher Rechte aus. So wenig man nun auch behaupten darf, dass die alten Deutschen diesen für jedes Recht unentbehrlichen Gegensatz nicht gefühlt und nicht nach manchen Richtungen bethätigt hätten, so sicher steht doch die in neuerer Zeit vielfach und namentlich durch Laband allseitig durchgeführte Thatsache, dass sie diesen Gegensatz ihrem Klagensystem nicht zu Grunde gelegt haben. Man darf daher die Frage nicht so stellen: ist der Uebergang (Erwerb) des dinglichen Rechts an den Act der traditio oder den der Investitur geknüpft? sondern muss fragen: wieweit ist ein auf Herausgabe einer Sache (speziell unbeweglichen Sache) gerichteter Anspruch durchführbar, wenn blos traditio, nicht aber investitura stattgefunden hat? Diese Fassung rechtfertigt sich daraus, dass das altdeutsche Recht nicht nach der Verschiedenheit des klägerischerseits beanspruchten Rechts persönliche und dingliche Klagen unterscheidet, sondern nach dem Gegenstand und Ziel des klägerischen Begehrens Klagen um Geldschuld und Klagen um Gut sondert. Von diesem Standpuncte aus will ich die practischen Fälle, welche die Quellen an die Hand geben, zur Lösung der Frage zu verwenden suchen.

Da ich also persönliche und dingliche Klagen in römisch-moderner Weise nicht trenne, so beginne ich mit dem Fall, wo der Käufer, Beschenkte u. s. f. gegen den Veräusserer, welcher die traditio vorgenommen hat, aber die investitura zu vollziehen, also die Gegenpartei in den Besitz einzuweisen sich weigert, Klage auf Herausgabe der Sache erhebt. Es wäre möglich und bei der ursprünglichen Einheit von traditio und investitura nicht undenkbar, dass Veräusserungsverträge über Immobilien gar keine Klage auf Ausführung des Geschäfts erzeugt hätten, dass Alles was der traditio auf dem Grundstücke, also der Besitzeinweisung vorausgieng, als unverbindliche Vorverhandlung wäre betrachtet worden, dass die Begriffe Vertrag und Uebergabe nicht bestimmt geschieden gewesen wären, sowenig als die daraus erzeugten Rechte: obligatorischer Anspruch und dingliches Recht. So finden wir jetzt noch in einzelnen Particularrechten der gerichtlichen Fertigung die Wirkung zugetheilt, dass erst sie den Veräusserer bindet und das Rechtsgeschäft klagbar macht, und der allerbündigste vorangegangene Vertrag für beide Parteien unverbindlich ist. Insofern ist die Erörterung dieses Punktes keine müssige. Doch weist das alte Recht nichts dergleichen auf. Eine Klage auf Ausführung der traditio, also Realisierung des in der traditio zur Erscheinung kommenden Rechtsgeschäfts, ist durchaus statthaft und erfolgreich. Der Kläger überwindet den Beklagten durch die Thatsache, quod actor terram ab eo concambiavit; quod ipse (reus) villam ad parte basilicae per venditionis titulum delegasset vel firmasset et pretium exinde recepisset; quod ipse (reus) rem per sua strumenta condonasset, u. dgl., wie jene Urkunden bei Bréquigny-Pardessus No. 429, 456, 473, 479, 535, denen auch aus der langobardischen Praxis viele zur Seite stehen, und die man gemeiniglich als Scheinvindicationen bezeichnet, dies klar darstellen. Die Folge des Unterliegens des Beklagten ist dann eben, dass er die Investitur vollziehen muss.

Meichelbeck, No. 661: Erchanfrid hat an das Stift

Freising ein Gut geschenkt, später bestreitet er es und behauptet, hanc traditionem se numquam peregisse. Testibus et scriptis superatus confessus est priorem traditionem. Tunc episcopus quaerebat vestituram ab eo. Ille vero confessus est altera die eum vestire, quod ita et factum est.

Demgemäss ist auch für den Beklagten die Investitur nicht entscheidend, wo er, auf Herausgabe der Sache belangt, diese vom Kläger selbst erworben zu haben behauptet. Er beruft sich also nicht auf die erlangte investitura, sondern auf das abgeschlossene Rechtsgeschäft; dieses, nicht jene, ist Beweisthema. So stellt bei Troya IV, p. 619 (a. 756) der Beklagte dem Kläger, der widerrechtliche Besitzentziehung behauptet, die Schenkung desselben entgegen: Ecce offertio quam nobis exinde fecistis, und diese offertio wird bezeugt und beschworen. So beweist bei Bréquigny-Pardessus No. 440 der Beklagte, dass der Tausch stattgefunden hat, aus dem er sein Recht herleitet: quod exinde socer suos concammio apud ipso Magnoaldo (Kläger) ficissit, se talis epistulas commutacionis exinde inter se ficissent aut se ipsas in nostri presencia presentare potibat. So endlich wird bei Bréquigny-Pardessus No. 418 der Kläger, der das Gut als ein von ihm zu Precarie herrührendes anspricht, von dem Beklagten, der das Eigenthum von ihm will erworben haben, mit der Urkunde über die zwischen ihnen stattgefundene ratio zurückgewiesen.

Schon zweifelhafter wird die Frage, sobald wir in den Kreis der Klagen eintreten, welche sich nach unserer römisch-modernen Anschauungsweise als eigentliche Vindicationen darstellen. Ich greife hier zuerst den Fall heraus, wo der Veräusserer nach Abschluss des Verkaufs, der Schenkung u. s. f., also nach der traditio karolingischer Periode, dasselbe Gut nochmals an einen Dritten veräussert und diesen wirklich investiert hat, und nun der erste Käufer, Beschenkte u. s. w. gegen den zweiten auf Herausgabe klagt. Hätten wir mit römischen Begriffen zu rechnen, so müsste sich, je nachdem

Kläger nur traditio oder traditio und investitura beweisen muss, entscheiden, ob investitura zum Eigenthumserwerb nothwendig war. Aber der Kern der Klage ist nur mittelbar das aio rem meam esse, direct dagegen: malo ordine detines, und darum findet auch der Beweis nicht in erster Linie seine Normierung auf den Eigenthumserwerb des Klägers, sondern auf das Besitzrecht des Beklagten. Dieser muss seinen Besitz rechtfertigen und zwar dadurch, dass er seinen autor stellt und durch diesen die Sache führen lässt. Der autor also muss sich dem Beklagten zur Gewährschaft bekennen und für ihn die Vertheidigung übernehmen; thut er das nicht, so ist der Beklagte von seinem Gewährsmann gefallen, cecidit de auctore, er hat keinen Titel, keine ratio für seinen Besitz, injuste et malo ordine detinet; er mag noch so bestimmt beweisen können, von seinem autor investiert worden zu sein, es nützt ihm das nichts, denn es kommt nichts darauf an; er muss das Gut herausgeben und kann bloss eine Schadenersatzklage gegen seinen Veräusserer richten. Wenn dagegen der autor für ihn eintritt, was nach append. IV textus primi legis Baiwar. in höchst formaler Weise durch den Act der sog. firmatio geschieht, so wird nun der Process zwischen Kläger und Autor verhandelt, aber der Ausgang trifft den Beklagten. Denn wenn der Kläger dem autor das Gut abgewinnt, also den Beweis der an ihn früher erfolgten Tradition zu führen vermag, so muss Beklagter, weil er nun auch der Gewährschaft darbt, das Gut herausgeben. Dieser im Recht des spätern Mittelalters nachgewiesene Satz könnte für das ältere Recht in Rücksicht namentlich auf die lex Baiwar. bezweifelt werden. Dieses Volksrecht spricht in tit. XVI, 11 gelegentlich, wo es eben von jener Gewährleistung des Veräusserers, der firmatio des Besitzers durch seinen autor redet, den Satz aus: si firmaverit, non potest ab eo cui firmavit, nisi ipse voluerit, retrahere, si campio quaesitoris vicerit. Siegel (Deutsches Gerichtsverfahren, I, S. 263) folgert hieraus, der Beklagte sei durch die feierliche Vertretung, firmatio, des Autors für

jede Eventualität im Besitz der Sache gesichert worden, und der Kläger, obschon gegen den autor siegreich, habe in Folge dieser Firmation nur einen Schadenersatzanspruch an den Gewährsmann gehabt. Diese Ansicht hätte sehr viel Ansprechendes für den Fall, den wir hier im Auge haben, d. i. denjenigen zweimaliger Veräusserung durch denselben Autor an verschiedene Personen. Aber es ist nicht zu übersehen, dass die betreffende Stelle des bayr. Rechts diesen Fall nicht im Auge hat, sondern den, wo die Veräusserungsbefugniss des Autors damit angefochten wird, dass er selbst sich widerrechtlich in den Besitz der Sache gesetzt habe, denn er vertheidigt sich damit, er habe das Gut erbeutet, selbst gezogen, selbst hergestellt, alles Einreden, welche gerade den Gedanken an unsern Fall ausschliessen. Dadurch wird aber eben der ganze Satz höchst verdächtig[1]). Denn es ist mir undenkbar, wie einer seines Erbguts dadurch hätte verlustig gehen können, dass ein Andrer in unbewachtem Momente es invadiert, einem Dritten veräussert und dann mit Hilfe einer Formalhandlung diese Veräusserung unantastbar macht. So formal war denn doch der altdeutsche Process nicht: sein Formalismus besteht darin, dass jede Partei von der ganzen Schärfe der aus ihren eigenen Processhandlungen sich ergebenden formalen Consequenz getroffen wird, nicht aber darin, dass der Gegner aus einem Act, den er völlig in seiner Hand hat, ihr ein formelles Präjudiz schaffen kann; dadurch würde nur das befördert, was der altdeutsche Processformalismus vermeiden wollte und vermieden hat: Willkür und Rechtsunsicherheit. Darum hat schon Merkel (Zeitschr. f. R.-G. II, S. 115) die Ansicht geäussert, dass sich jene Bestimmung von l. Baiw. XVI, 11 nur auf das Verhältniss zwischen Autor und Besitzer beziehen könne und ihre einfachste Erklärung und Lösung fände, wenn man statt quaesitoris die Variante venditoris als die richtige Lesart annehmen dürfte; dann wäre der Sinn der: wenn der

[1]) Er hat auch keine Analogie in andern Volksrechten, das Gegentheil sagt z. B. Liutpr. 116.

Autor gegenüber dem Kläger seine Sache siegreich durchgeführt hat und das Gut ihm ist zugesprochen worden, so kann er es deswegen, gestützt auf das formale Recht des Urtheils nicht an sich ziehen, sondern er ist durch die firmatio dem Besitzer gegenüber gebunden. Schwierigkeit macht dann freilich immer noch das nisi ipse voluerit.

Glücklicherweise mangeln uns nun aber nicht sonstige Belege für die Ansicht, dass schon im alten Recht der spätere Erwerber trotz seiner Investitur dem ältern nicht investierten gegenüber unterlegen sei. Es sind uns eine Anzahl von Processen aufbewahrt, in denen der erste Erwerber siegt. Zur Würdigung dieser Urkunden schicke ich folgendes voraus. Den Ersatz für die Stellung des Gewährsmannes bietet eine in gehöriger Form über das Rechtsgeschäft aufgenommene Urkunde; so klagen die Klosterleute der Marienkirche 779, quod nullo munimine aut strumenta cartarum pene se habeant, per que ipsas res s i n e n o s t r a a u c t o r i t a t e legibus defendi possint (Lacomblet I, No. 1). Immerhin kann auch bei Vorhandensein einer Urkunde die Herbeiziehung des Autors wünschenswerth sein, sie wird wohl geradezu die Regel bilden, wenn der autor noch lebt und leicht beizubringen ist, sie ist selbst unentbehrlich, wenn die Urkunde wegen Fälschung angefochten wird, aber der Autor noch am Leben ist und also selbst Auskunft geben kann (l. Rib. tit. 59, 6), denn der Zweck der Urkunde geht ja eben auf firmatio des Erwerbers über den Tod des Veräusserers hinaus, sie soll die persönliche firmatio durch den autor ersetzen und heisst daher selbst wieder firmatio. Denselben Dienst wie eine Urkunde leisten aber Zeugen, welche zu dem Rechtsgeschäft sind zugezogen worden; sie sind eine grössere Sicherheit für den Erwerber als die blose auctoritas des Veräusserers, insofern als die Wahrscheinlichkeit besteht, dass wenigstens ein Theil der Zeugen den autor überleben und also auch nach seinem Tode seine Gewährschaft durch ihre Aussage ersetzen wird; andrerseits aber stehen sie im Werth unter der Urkunde, insoweit

als auch sie über kurz oder lang sterben und dann ihr Zeugniss verloren geht. Nun finden wir, dass in den Processen, wie wir sie hier im Auge haben, also in Streitigkeiten zwischen zwei Erwerbern, die ihr Recht vom gleichen Veräusserer herleiten, das Beweisthema immer darauf gestellt wird, wem zuerst tradiert worden sei, und dieser Beweis entweder durch die Herbeiziehung des Autors, oder durch Zeugen, oder durch Urkunden, oder durch Combination von Urkunden und Berufung auf den Autor geführt wird, wie schon die lex Rib. tit. 60, 7 ausspricht, dass bei Widerstreit zweier königlicher Urkunden die prior duplicem sortiatur portionem. Man vergleiche folgende Urkunden:

Urk. v. 844 bei Fumagalli No. 57: der Vogt von St. Ambrosius Teutpald klagt gegen Teutpert und dessen Sohn Adelbert, quod contra lege aberint casis in loco Balerna, und weist eine cartula vor, qualiter casas in Balerna Bruningus de Maliasi venumdaverat a parte monasterii S. Ambrosii abbati eiusdem monasterii. Die Beklagten wenden ein, quod casas aberent, sed non contra lege; et cartolam ostendunt, qualiter ipse Bruningus casas in Balerna dederat filiae suae conjugi Adelberti. Et relecta illam suprascripta cartola de parte monasterii erat anterior; judicatum et inter nos ut Teutpertus daret mihi (der Kläger spricht) uuadiam de auctore Bruningo qui postea cartulam in filia sua emiserat. Auf spätern Gerichtstag bringen Beklagte auch wirklich den Bruning, qui dixit, quod de casas auctor non esset, et ibi ceciderunt de auctorem, et judicatum est eis, ut parti monasterii casas relaxarent.

Ganz denselben Vorgang beschreibt uns eine westgothische Urkunde vom Jahr 862 bei Vaissette I, No. 88.

Vor dem königlichen missus Imbertus, der zu Narbonne Gericht hält, klagt das Kloster St. Johannis zu Carcassonne gegen Duvigild, dass er gewisse Güter, welche Peter und dessen Ehefrau Warnetrud an Kläger

tradiert hätten, wider Recht in Besitz genommen habe. Die Antwort ist: retineo, quia scripturam emptionis habeo. Es wird ihm ein Termin auf vierzehn Tage zur Beibringung seines Briefs und seiner autores gesetzt. Auf besagten Termin bringt Beklagter Urkunde und Gewährsleute, Peter und Warnetrud. Letztere, gefragt, ob sie ipsas res ad Duvigildo autoricare vellent, antworten: scripturam ego feci, sed legibus eam autoricare non possum, quia ego et uxor mea Warnetrudes antea tradidimus ipsas res per scripturam donationis ad jam dictam casam Dei. Die von der Klagpartei nunmehr vorgelegte Urkunde wird von Peter und Warnetrud anerkannt, worauf Duvigild erklärt, kein Recht zu haben, quia Petrus antea fecit istas scripturas et tradidit ad domum Dei quam ad me. Das Urtheil zu Gunsten des Klägers beruft sich dann auf lex Gotorum, lib. V, tit. V (4) era 8 (Antiqua 289).

Wie hier die Priorität des klägerischen Erwerbs durch Urkunden und Erklärung des Autors dargethan wird, so in folgenden Fällen durch Zeugen.

Urk. v. 761 bei Troya, V, No. 763 (p. 123). Vor Herzog Gisolf von Spoleto klagen die Mönche des Klosters Farfa gegen einen gewissen Campulus auf Herausgabe des fundus Mallianus, den ihnen Eudo an Zahlungsstatt für eine Busse von 100 solidi aus Pferdediebstal gegeben hat. Campulus antwortet: bevor Eudo euch das Gut übertragen hat, hatte er mir schon dessen Tradition durch einen Bürgen, der sie dann auch wirklich vollzogen hat, zugesichert. Der Beweis richtet sich nun auf Feststellung des Alters der Traditionen. Die Kläger, angefragt, quo tempore casalem traditum habuissent, antworten: eo tempore quando Picco occisus est, indictione XII; sic ipse casalis nobis traditus est et ecce testimonia nostra

qui sciunt sic fuisse. Die Zeugen sagen aus: quia nobis scientibus ipso tempore ipse casalis traditus est per quendam Eudonem monasterio. Dann ergeht die Frage an Campulus, wann ihm tradiert worden. Er antwortet: im Monat Mai der 13 Indiction. Darauf ergeht das Urtheil: quod ipsum casalem vel casas antea monasterio traditas inde finita causa habuisset, et testes suum reddiderunt testimonium, ut quinque actores a parte monasterii dicerent jurati[1]) Campulo eo quod nos antea ipsum casalem per Eudonem indefinita causa traditum habuimus et legibus noster esse debet.

Auch aus Bayern mangeln nicht Belege für den Vorzug des ältern Erwerbs. Bei Meichelbeck No. 269 zieht Salomon eine Schenkung Arperts an Freising durch die Behauptung in Zweifel, quod sibi antea tradidisset quam ad domum S. Mariae; der Ausgang des Processes wird zwar nicht mitgetheilt, aber der Auftrag an die missi, ut hoc caute et sollicite inquirerent, zeigt, dass auf die Frage der frühern Tradition das Gewicht fiel. Deutlicher[2]) erscheint die Sache schon in der Urk. v. 822 bei Meichelbeck No. 470. Die Bischöfe von Freising und von Augsburg liegen mit einander in Streit wegen einer Kirche, welche beide von einem gewissen Adalhard wollen erworben haben. Der Bischof von Augsburg, Besitzer und Beklagter, beruft sich auf Evin-

[1]) Dass hier fünf Mönche noch den Beweissatz beschwören, beruht auf dem langobardischen Rechtsgebrauch, wonach der Zeugenführer die Wahrheit der Zeugenaussagen eidlich bekräftigen muss. Brunner, Zeugen- und Inquisitionsbeweis, S. 13 ff. Schwurgerichte, S. 56, Note 2. War der Zeugenführer eine juristische Person, so war er dann regelmässig in solchen Fällen durch fünf seiner Mitglieder vertreten, so z. B. Troya IV, p. 478, 619. V, 302.

[2]) Obschon vielleicht nicht ganz auf unsere Frage angepasst; denn wie es scheint, behauptet der Bischof von Freising nicht, erst von Adalhard das Eigenthum erworben zu haben. Um so bezeichnender ist aber dann, dass dennoch so grosses Gewicht auf die Priorität der Benefizconstituierung gelegt wird.

dication in einem Rechtsstreit, in Folge dessen Adalhard ihn revestiert habe. Der Freisinger Bischof sagt: nullam potestatem Adalhardum hoc reddendi habere, eo quod ipsum vel quicquid aliud habuit in beneficium de domo S. Mariae illo anno, quo Hitto in regimen successit episcopus, totum reddidit atque revestivit in manus suas, et iterum inde in beneficium accepit cum censu, et hoc jam ante pridem fuisse, quam eum Hanto aut defensor eius pro hoc mallarent. Zeugen sagen aus: se presentes esse, ubi Adalhardus hoc relaxavit in manus Hittonis episcopi et iterum de eodem episcopo in beneficium cum censu accepit ante illo placito, quae apud Hantone habetur. Darauf ergeht das Urtheil: ad legem vel justitiam Hittonem episcopum inde vestituram recipere debere.

Endlich noch zwei Urkunden, wo der Schwerpunct ausschliesslich auf dem Alter der Urkunden ruht.

Urk. v. 786 in Memorie di Lucca, V b, No. 211. Der Priester Deusdedit war von Deusdona als Rector der Kirche S. Angelo bestellt worden. Später liess Deusdona durch einen Diener des Deusdedit die darüber ausgestellte Urkunde entwenden und verbrennen und gab die Kirche an den Rector von S. Silvester. Der daraus entstehenden Klage des Deusdedit ist der Satz zu entnehmen: faciat mihi Deusdona justitiam, quia postquam in me per cartulam confirmavit ecclesiam S. Angeli, postea exinde misit cartulam in ecclesia S. Silvestri. Deusdona gesteht die Entwendung und sein Unrecht zu. Wenn dann trotzdem noch ein weiteres Verfahren, namentlich Zeugenabhörungen über die Zeit der Errichtung der entwendeten Urkunde angeordnet werden (ut nos certam poterimus jungere veritatem, quali tempore cartulam ipsam scriptam fuisset), so weiss ich hiefür einen plausibeln Grund nicht zu nennen.

Urk. v. 983 bei Muratori I, col. 379. In einem Processe zwischen dem Abt von S. Cosmas und Damian in Rom und dem Kloster Subiaco über streitige Besitzungen berufen sich beide Parteien auf Urkunden. Das Urtheil lautet: Coram nobis proferant scriptiones, et ea quae anteriores apparent, in ipsis constet. Der Abt von S. Cosmas producirt dann eine Urkunde, welche tempore Alberici olim Romanorum patricii geschrieben war; die des Klosters Subiaco geht bis auf Karl den Grossen zurück. Das letztere siegt.

Es soll nicht verschwiegen werden, dass einige der mitgetheilten Urkunden in gewissen Wendungen darauf zu deuten scheinen, das Obsiegen des Klägers sei nicht von dem Alter seiner Urkunde allein, sondern von diesem in Verbindung mit gleichzeitiger Investitur abhängig gewesen. Die Urk. bei Vaissette I, No. 88 z. B. lässt den Kläger vortragen: Petrus et Warnetrudes tradiderunt et habuit ipsa casa Dei legitimam vestituram, usquequo Duvigildus eas prendidit. So sagen auch die Mönche von Farfa in dem Falle bei Troya V, No. 763: ipse casalis nobis traditus et possessus est. So bei Meichelbeck No. 470: reddidit atque revestivit. Das scheint darauf zu deuten, dass der nichtbesitzende Kläger doch nur dann gegen den besitzenden Beklagten durchdrang, wenn er selber investiert gewesen war und dann also widerrechtliche Besitzentsetzung behaupten, nöthigenfalls beweisen konnte. Ich kann das aber darum nicht annehmen, weil der Beweis die Besitz-(Investitur-) Frage doch jeweilen durchaus bei Seite lässt. Scimus quia illo tempore traditus est, sagen die Zeugen aus; und wenn auch hier könnte angenommen werden, unter traditio sei die körperliche Einweisung mit verstanden, so zeigen andrerseits die Fälle, wo das Alter der Urkunden allein massgebend erscheint, dass die Investiturfrage ganz ausser Betracht blieb [1]). So äussert sich auch bei Fumagalli No. 52 der Kläger:

[1]) Römischer Denkweise entsprungen betrachte ich schon die Urk. v. 1122 bei Vaissette II, No. 389, wo die Beklagte, die Abtei von Joncels,

contra legem de casis illis introierunt, quas per cartulam conquisieram de Rodulfo et ita inde fui vestitus sicut et de his reliquis rebus vestituram habui, ohne dass ersichtlicher Weise aus dieser Investitur irgend welche Schlussfolgerung gezogen wird. Im Gegentheil bei Fumagalli No. 81, wo die Klage behauptet, malum ordine eum abere curtem pro eo quod de parte monasterii de datum Ariberti legibus pertinere deberat, quia parte monasterii exinde vestitus fuit et eum abuit, wird nachher der Beweis nur darauf gerichtet, quod Aribertus casas in monasterio contulerat. Schliesslich vermag ich auch der schönen und interessanten Urkunde bei Muratori V, 923 vom Jahre 833 kein andres Resultat zu entnehmen. Es handelt sich um einen Process zwischen Bischof Peter von Arezzo und Abt Vigilius vom Kloster S. Antemi über das Recht an das St. Peters Kloster am Flüsschen Axso (Asso). Die Sache wird vor königlichen missi und zwar laut ausdrücklichem Auftrag im Inquisitionsverfahren verhandelt. Der Abt Vigil beruft sich auf königliche Verleihung zu Benefiz, aber die praecepta, die er vorlegt, reden gar nicht von dem Kloster zu Asso; nun legt Bischof Peter seine Urkunden vor, und zwar keine andern als die über den berühmten Diöcesanstreit zwischen den Bischöfen von Arezzo und Siena unter König Liutprand ausgefertigten, später von Papst Leo und Kaiser Karl bestätigten, in welchem das Kloster Axso dem Bischof von Arezzo gegenüber den Ansprüchen des Sieneser Bischofs zuerkannt war. Der Abt, nochmals um Beweise für sein Recht gefragt, erklärt abermals, keine andern als die schon producierten zu haben, worauf ihm die missi erklären, dass er mit diesen das Kloster nicht behaupten könne; aber da der Abt nun noch einwendet, dass der Bischof in Folge jener seiner Urkunden gar nie in

dem Anspruch auf Herausgabe von Gütern, die Kläger geschenkt bekommen habe, entgegenstellt: quod donatio illa incerta erat, et etiamsi consisteret invalida, quoniam nuda et sine traditione (in römischem Sinn) fuit, et de sua, a qua non fuerant exclusi, possessione, welche Argumentation das Urtheil wörtlich aufnahm.

Besitz des Klosters gelangt sei (quod post preceptora ipse parte Aretine ecclesie vestitura de ipso monasterio non fuisset), so forschen die missi zur nähern Aufklärung auch noch diesem Punkt nach, und da der Bischof Zeugen anzugeben vermag, welche wirklich erklären, dass sie dabei gewesen, quando missus Karoli revestivit Aripertum episcopum Aret. de monasterio S. Petri sito Axso, so ergeht das Urtheil: quod monasterium ad ecclesiam Aretinam pertineret. Man möchte daraus schliessen, dass von der Investitur hier doch der Ausgang des Processes abhängig gewesen sei. Ich glaube das indess nicht. Im gewöhnlichen Processgang wäre die Entscheidung wohl schon erfolgt, sobald die Beweise des Beklagten für sein Recht sich als so ungenügend erwiesen hätten wie in unserm Fall, und man hätte ihm weitere Einreden nicht gestattet. Anders im Inquisitionsverfahren, welches neben manchem Nachtheiligen, das für eine Partei daraus erwachsen konnte, doch auch dem Beklagten namentlich den Vortheil bot, dass der Richter sich nicht an die strenge Beweistheorie hielt und oft dem Kläger Beweise zumuthete, welche nach streng formalem Processrecht nicht wären verlangt worden. So in unserm Fall: die missi waren genügend überzeugt, als sie dem Beklagten eröffneten: certe per ista ratio eum tenere amplius non valebis. Aber zu grösserer Beruhigung, pro satisfactione, wie ausdrücklich bemerkt ist, gehen sie noch auf das weitere Begehren des Beklagten ein und inquirieren noch über die investitura. Dergleichen superflua characterisieren den Inquisitionsprocess; ein merkwürdiges Beispiel giebt Fumagalli No. 81, wo, nachdem der Beklagte seinen Gewährsmann nicht hatte herbeischaffen können, sed de auctore decatevit, die Sache also durch einfach condemnierendes Urtheil hätte erledigt werden können, der Kläger noch weitern Beweis anbietet, ut certius sciatis quod justitia monasterii est, und die missi nicht nur diesen abnehmen, sondern schliesslich pro certa clarificanda veritatem den Autor des Beklagten, obschon er seine Gewährschaft ausdrücklich verweigert hat, in seinem Hause aufsuchen und inquirieren, wie sich die Sache verhalte.

Ist die vorstehende Ausführung richtig, ist also der erste Käufer trotz nicht erfolgter Investitur siegreich gegenüber dem spätern investierten Erwerber, so scheint damit bewiesen, dass für den Erwerb des vollen Rechts an dem Gute auf die Investitur nichts mehr ankam. Aber wie anders stellt sich doch nun sofort die Sache, wenn wir dem zweiten Käufer den Erben substituieren und fragen, mit welchem Erfolge gegen den besitzenden Erben des Veräusserers von einem auf blose traditio sich berufenden Erwerber könne operiert werden. Wir haben namentlich aus bayrischem Recht unzweideutige Zeugnisse, dass der Erbe durch seine Vestitur geschützt war, aber das rechtliche Motiv, das diesem Gedanken zu Grunde liegt, ist nirgends klar ausgesprochen. Da freilich diese Zeugnisse nicht gehörig gewürdigt, theilweise auch unrichtig interpretiert sind, muss ich sie vorausschicken und den Sinn, den ich ihnen beilege, rechtfertigen. Die Hauptstelle ist Meichelbeck No. 345: Im Jahr 816 hatte Crimheri der Kirche zu Freising Güter tradiert, und zwar in bester Form, die keinen Zweifel aufkommen liess (cum veracis testibus confirmavit). Er starb aber, bevor er die Investitur vollzogen hatte (praeoccupato mortis articulo, antequam vestituram ad ipsam ecclesiam de hoc territorio tradito perfecisset). Nach seinem Tod blieb sein Bruder Kerhoh ruhig im Besitz. Da liess ihn der Bischof zu sich kommen und redete ihm unter vier Augen ins Gewissen, dass er den Willen seines Bruders vollzöge (in silentium Kerhohum fideliter vocavit et ammonuit, ut ipse inde se legitime emendasset). Kerhoh, Anfangs widerspenstig, liess sich schliesslich bewegen, den Bischof mit einer colonia abzufinden, und so wurde die Sache gütlich verglichen (fideliter definitum inter eos). Diese Erzählung, die von Sandhaas als Hauptargument für die Nothwendigkeit der Investitur zur Erlangung des dinglichen Rechts verwendet wird, die Merkel ebenfalls zu der Bemerkung veranlasst, die Vornahme nachträglicher Investitur habe für den Erben höchstens als moralische Pflicht gegolten, ist von Beseler dafür angerufen, dass die traditio für sich

allein zum Eigenthumserwerb genügt habe. Beseler scheint sich darauf zu stützen, dass der Bischof den Kerhoh ermahnt, ut se legitime emendasset. Das ist nun allerdings doppelsinnig; es kann sowohl heissen: er solle die ihm gesetzlich obliegende Pflicht erfüllen, als auch: er solle durch Erfüllung der gesetzlichen Form die (sonst unvollkommene) Schenkung rechtsgültig machen. Ich kann nicht daran zweifeln, dass das letztere gemeint ist; der ganze Tenor der Erzählung lässt durchblicken, wie wenig der Bischof sich in seinem Rechte fühlte [1]. Eine ganz ähnliche Geschichte enthalten die Traditionen und die Chroniken von Ebersberg (Oefele, scriptores rer. Boic. II. Cod. trad. No. 17): Zur Zeit Ottos I. hatte Eberhard auf dem Todbette seine Güter dem Kloster geschenkt, aber sein Bruder Adalbero gab sie nicht heraus. Erst als ihm seine Söhne einer nach dem andern hinstarben, und die Geistlichkeit ihm dies als Strafe des Himmels darstellte, wurde er mürbe und sühnte sein Handeln durch Oblation eines Guts. Es mag hier gleich erwähnt werden, dass von diesem Eberhard erzählt wird, er habe, als er seinen Tod herannahen fühlte, seinen Bruder zu sich bitten lassen, um ihm seine Vergabung zur Ausführung zu empfehlen; Adalbero aber habe sich dieser Treuhänderverpflichtung entziehen wollen und sei daher erst gekommen, als Eberhard gestorben war, sodass dieser den Consens des Bruders ad voti expletionem nicht mehr erlangt habe. Diesem Bericht geht nun durchaus parallel eine Notiz in der Vita S. Salabergae (Bolland 22 Sept. 29. 529), folgendermassen lautend: Interea, ut assolet in rerum opulentia discordiam etiam inter propinquos generari, germanus (Salabergae) Bodo aliquas villas, quas per chartarum seriem ad ipsum condonaverat coenobium, illicita usurpatione retinebat.

[1]) Man vergleiche auch Meichelbeck No. 404: Fratres Erchanhart et Cartfrid tradiderunt arvum, ipseque arvus jam olim ab antecessorum meorum (antecessoribus eorum) traditum erat, sed propter aliquam negligentiam vel stultitiam dictorum fratrum retardatum et elongatum fuerat, quod investitura domui episcopali non venerat.

Sed comperta germanae aegritudine, dum illa pro hac re anxia Dominum deprecaretur, summa cum festinatione ad eam venit, moxque chartas invicem roborantes hactenus totum ratum perduxit. Wir entnehmen diesem Bericht, dass Salaberga, auf dem Todbette ängstlich über das Schicksal ihrer nicht bis zur Investitur gelangten Vergabung, deren Ausführung durch den Bruder kaum darf gehofft werden, durch inbrünstiges Gebet die Sinnesänderung ihres Bruders herbeiführt, welcher noch an ihr Krankenlager eilt und sich als Salmann für Vollziehung der Uebertragung dargiebt. Mit dieser Erzählung, die, sie mag wahr sein oder nicht, jedesfalls einem Rechtsgedanken jener Zeit Ausdruck giebt, treten wir aber in das 7. Jahrhundert zurück und aus der bayrischen Sphäre hinaus, denn Salaberga war Aebtissinn eines Klosters zu Laon mitten in fränkischem Lande, und es darf daher der in allen diesen Erzählungen steckende Satz, dass Tradition ohne Investitur für den Erben des Tradenten unverbindlich ist, wohl als ein allgemein bei den Deutschen geltender betrachtet werden. Was aber ist sein Motiv? Von dem durch das Vorhergehende gewonnenen Standpuncte aus dürfen wir wohl unbedenklich sagen: der rechtliche Schutz, den der in vestitura befindliche Erbe eines Veräusserers gegenüber dem noch nicht investierten Beschenkten u. s. f. geniesst, beruht nicht darauf, dass traditio an sich ein unvollständiges Recht giebt, dass zur Erlangung des dinglichen Rechts Investitur unerlässlich ist, sondern wir müssen den Grund dieser Erscheinung anderswo suchen.

Es liegt nahe, die Sache mit dem Einspruchsrecht der nächsten Erben in Beziehung zu bringen und eine Erklärung dieses Umstandes hieraus abzuleiten. Aber das trifft nicht zu. Das Einspruchsrecht der Erben, soweit es überhaupt besteht, hat mit der Investitur nichts zu thun, und wird so gut gegen investierte als nicht investierte Erwerber geübt. Es mag nicht unangemessen sein, über diesen immer noch nicht genügend erörterten Punct ein kurzes Wort zu sagen. Ich meine, es sollte sich für diese Sache ein allen deutschen

Stämmen gemeinsames Recht nachweisen lassen, und zwar dahin, dass den Kindern ein Pflichttheil musste gelassen werden, im Uebrigen aber, soweit dieser unberührt blieb, volle Verfügungsfreiheit bestand. Hat der Vater daher, ohne mit seinen Söhnen abgetheilt zu haben (wie die l. Baiw. vorschreibt), mehr verschenkt, als er nach Recht und Gewohnheit durfte, so reclamieren die Söhne, bei Lebzeiten oder nach Tod des Vaters [1]). In lex Rib. tit. 48 (50) haben wir für fränkisches Recht in dieser Hinsicht ein Zeugniss, das keine Interpretierkunst zu entfernen vermag; die Veräusserung des ganzen Vermögens ist hier davon abhängig gemacht, dass man keine Kinder habe. Die Urkunden stimmen damit überein: quando Dei judicio heredibus carnis privati sumus (Bréquigny-Pardessus No. 325), wird als Motiv angegeben; oder für die Erben wird ausdrücklich etwas vorbehalten: relinquimus propriis heredibus nostris in Faldidio villas nostras (ibid. No. 393); reservata ad heredis nostris villas (ibid. No. 412). Der Anspruch der Erben erscheint so selbstverständlich, dass er oft nur im Vorbeigehen erwähnt wird: et se alequi de heredebus nostris deliberacione nostra infrangere voluerit, res quas de hereditatis nostrae ad ipsum pervenire potuerant, amittat (ibid. No. 361). Bei den meisten Schenkungen endlich, wo vergabt wird quicquid possidere visus sum, ist ersichtlich, dass der Schenker keine Kinder hatte oder sie in dem beschenkten Kloster unterbrachte. Ganz unzweifelhaft ist der Pflichttheil der Kinder in Bayern, des Bestimmtesten schon durch l. Baiwar. I, 1 bezeugt und reich

[1]) Man hat hier unnöthigerweise Schwierigkeiten gesucht, und gefragt, ob dadurch nicht doch bei jeder einzelnen Veräusserung ein Einspruch des Erben zulässig geworden sei, weil sonst der Erblasser durch allmählige Einzelveräusserungen die Erben um ihr Recht hätte bringen können (vergl. Sandhaas, S. 181. A. Pernice, in krit. Vierteljahrsschr. IX S. 69). In Wirklichkeit stellte sich aber die Sache viel einfacher. Sobald eben die Söhne sich benachtheiligt erachteten, griffen sie eine Schenkung u. s. f. gerichtlich an, oder widersetzten sich der Ausführung derselben oder rissen ein Gut wieder eigenmächtig an sich. Die Urkunden geben für alles dies Beispiele.

illustriert durch die Freisinger Traditionen, wie z. B. Meichelbeck No. 12: quicquid jure possidere videbam tradidi et Irminfrid (mein Bruder) portionem suam tradidit, et si ei nati fuerint filii, accipiant portionem suam, quantum eis contingerit, mea autem portio firma et stabilis permaneat; et si filii non fuerint, omnis hereditas mea ad predictum locum sit confirmata post obitum meum. ibid. No. 112: trado propriam hereditatem meam post obitum meum, ea ratione, si genuerim de legitima uxore heredes, ut habeant portionem hereditatis meae, quod eos legitime pertinet in partem, mea vero pars post obitum meum sit Sanctorum in perpetuum. Ebenso ibid. No. 70. Noch deutlicher No. 359: Cotaperht, quicquid eum in contra filios suos in portionem contingit, hoc totum ex integro domui S. Mariae tradidit u. s. w. Im Gegensatz dazu wird auf Grund des Stillschweigens der lex Alam. (wenn man nicht aus l. Al. Hloth. c. 35 etwas Bezügliches herauslesen darf) ein solches Pflichttheilsrecht für das alamannische Recht bestritten; ich glaube mit Unrecht. Die schwäbischen Urkunden sprechen wie die bayrischen: Wartmann No. 61: donavi quicquid de filiis meis prisi in hereditate. ibid. No. 84: trado omnem portionem meam, sicut mihi a filiis meis legitime contingit. ibid. No. 121: quicquid a filiis meis mihi in portionem tuli. ibid. No. 305: quicquid me constat contra filios meos in portionem suscepisse. No. 343: sicut mihi pertinet in portionem contra filium meum. Ebenso No. 360 u. a.[1]) Das langobardische Recht spricht ebenfalls von Pflichttheil der Kinder, z. B. ed. Roth. 168, 170 f., ed. Liutpr. 65, 101 f. 113. Aist. 14. Ursprünglich scheint auch eine Abtheilung zwischen Vater und Söhnen stattgefunden zu haben, wenn der erstere eine Veräusserung vornehmen wollte; so z. B. erklärt i. J. 713 der Priester Fortunatus: decrevi inter me et filiis meis, ut ego

[1]) Man kann sich ein ziemlich präcises Bild von diesen alamannischen Erbverhältnissen machen, wenn man noch folgende Urkunden bei Wartmann hinzunimmt: No. 126. 134. 139. 146. 291. 334. 385. 421. 480. 499. 564. 557. 578. 592. 594. 676.

pro omnibus rebus meis plebem modiorum duodeci et vergario uno, id est portiuncula mea offero Deo et S. Petri ecclesia quam mihi heredem constitui. Et ego Bonuald (des Fortunatus Sohn) ipsa portiuncula mea quinta pars, qui mihi ad fratribus meis advinet, excepto vergario, quod in potestate patris nostri Fortunati demisimus, offero S. Petro (Mem. di Lucca, V b No. 4). Oder i. J. 770 spricht ein Schenker aus, ut Dulciolus filius meus, si ante legitima etate mortuus fuerit et de suam portionem, quem ei nunc presenti da me legibus pertenit, pro anima sua non judicaverit, omnia ejus portionem sit in potestate jam dicte ecclesie (Mem. di Lucca, IV a No. 9). Später erscheint dieses nationale Recht vielfach durch das Römische, die quarta Falcidia u. dgl. verunstaltet (vergl. Mem. di Lucca, V b, No. 177—179. 261). Die andern deutschen Volksrechte will ich übergehen, da sie für unsere Untersuchung einen weniger reichen Quellenstoff liefern.

Es ist nun kein Zweifel, dass Veräusserungen, die ein Vater in Betreff der ihm gebliebenen portio vollzogen hatte, unanfechtbar waren; darum stellen fränkische Urkunden mit einer gewissen Ostentation den Satz an die Spitze: leges et jura simul et convenientia Francorum est, ut de facultatibus suis quisque quod facere voluerit liberam habeat potestatem (Bréquigny-Pardessus No. 474. Hontheim I, p. 105, 107, 108 und sonst), und die Erben, welche sich sollten eine Anfechtung beikommen lassen, werden nicht nur mit dem Verderben des Verräthers Judas, dem Aussatz des Syrers Naeman, dem Schicksal Datans und Abirams verflucht, sondern mit sehr materiellen Strafen, Geldbussen oder Ersatz des Doppelten bedroht, und der stehenden Formel der alamannischen Urkunden: heres componat quae in lege Alamannorum continentur (Wartmann, No. 203. 360. 363. 377. 378. 382. 393. 397. 428 u. s. f.) entspricht das bayrische componat sicut lex est (Meichelbeck, No. 75. 80. 85. 91. 110. 147. 201 und sonst). Wenn aber auch der Antheil der Söhne vergabt worden war, so stand

einer Rückforderung dieses Theils nichts im Wege. Beispiele kommen besonders bei Meichelbeck vor, vergl. No. 115: tunc missi dixerunt, ut licuisset Lantfridum portionem patris sui reddere suamque portionem recipere. No. 397: Patho et Tetti interpellabant Athonem episcopum de rebus, quas ab antecessoribus illorum domui S. Mariae traditas esse dinoscuntur, ipsique dicebant, quod inter his rebus illorum causa mixta esset, quas antecessores illorum cum justitia et lege tradere non potuissent. Interveniens hoc Atto donavit eis territorium.

Wir müssen diese eben erwähnten Fälle von Pflichttheilsverletzung und daraus entstehender Anfechtung und Rückforderung veräusserten Guts ganz aus dem Spiel lassen, wenn wir den Grund dafür suchen, warum eine von dem Erblasser nicht bis zur Investitur gebrachte Schenkung den Erben nicht gebunden hat. Man muss ihn dagegen in dem Satze finden, dass dem Erben nur eine sehr beschränkte Haftpflicht für die vom Erblasser eingegangenen, aber unerfüllt gelassenen Verpflichtungen obliegt. Das Recht des spätern Mittelalters ist davon noch erfüllt. Der Ssp. I, 6, § 2 enthält bekanntlich den Satz, dass der Erbe Verpflichtungen, die sein Erblasser eingegangen hat, nur auszuführen braucht, soweit die Fahrnis reicht, und auch dann blos, falls bei Begründung der Verbindlichkeit ein Gegenwerth in das Vermögen gekommen ist. Nur ein Ausfluss dieses Grundsatzes ist ja im Grunde der Gedanke, dass Vergabungen von Todeswegen in reiner Gestalt keine Rechtspflicht, höchstens einen moralischen Druck für den Erben begründen, dass also der Erblasser keine Verpflichtung eingehen könne, die ihn selbst nichts kostet, sondern erst in der Person des Erben zur Erfüllung kommen sollte, gemäss dem die Sache am besten zum Ausdrucke bringenden französischen Rechtssprichwort: donner et retenir ne vaut. Und alle diese Sätze vereinigen sich wieder unter dem einen Princip, dass vermöge des starken Erbenwartrechts Verfügungen des Erblassers über sein Vermögen, die sich bei seinen Lebzeiten nicht mehr realisieren, durch seinen Tod hinfällig werden, oder

doch sich auf das Geringste reducieren, so weit die Fahrnis reicht. Aus dem spätern Recht [1]) geben vortreffliche Belege hiefür

Richtst. Lehnr. 28, §. 2: Vrage alsus, sint din vader dat ni ute sinen weren let, eft he di denne med der liginge din len untfernen mochte, des du warende werest na sineme dode. So vindme he ne mochte.

Böhme, Schöffenurtheil VI, S. 141: Was der tote bey seyme lebinden leybe seynis gutis seyme gesellen yn seyne gewere geantwort hot, das mag her behaldin; hot abir der tote icht steendis eygens gelossin dye yn selbir gewere bestorbin ist, das gehorit seynen nehisten erbnemen (Wasserschleben, S. 118). Ebenso Wasserschleben, S. 104 c. 206. S. 115. 180 c. 47.

Den Nachweis hiefür auch aus den ältern Quellen zu erbringen, darf ich nicht von mir abwälzen, um so weniger als ich mit beliebten Ansichten in Widerspruch stehe. Um aber an dieser Stelle nicht zu weit abzuschweifen, habe ich die betreffende Untersuchung in den Anhang verwiesen, wo sie als Excurs I folgt. Unter Berufung auf deren Ausführungen ergänze ich das bisherige Resultat dieses Paragraphen zu folgendem zusammenfassenden Schlusse: Die Investitur ist nicht nothwendig zur vollen Wirksamkeit der Tradition auch gegenüber dritten Besitzern, ausser in der einen Anwendung, dass der Erblasser durch blose Tradition an einen Dritten ohne Investitur das Recht seines Erben nicht schmälern, also durch Vergabung auf den Todesfall ohne eigene Entäusserung

[1]) Nebenbei mag auch die schöne Stelle aus Glanvilla, VII, 1 aufgeführt werden: Quilibet potest dare quamdam partem sui liberi tenementi loco religioso in eleemosinam, ita quod si donationem illam seisina fuerit sequuta, perpetuo remanebit illi cui donata fuerit terra. Si vero donationem nulla sequuta fuerit seisina, nihil post mortem donatoris ex tali donatione contra voluntatem heredis efficaciter peti potest, quia id intelligitur potius esse nuda promissio quam aliqua vera promissio vel donatio.

des Besitzes seinem Erben das Gut nicht entziehen und dem Beschenkten keinen Rechtsanspruch verschaffen kann; aber dieser Satz hat seinen Grund weder in Begriff und Wesen der traditio noch entspringt er als Consequenz der rechtlichen Natur der investitura, sondern erbrechtlichen Grundsätzen, speciell der Abneigung der germanischen Stämme gegen Benachtheiligung der natürlichen Erben ohne Selbstentäusserung. Dass kein anderer Grund vorhanden ist, dass namentlich die Annahme, traditio ohne investitura übertrage kein Recht, unhaltbar ist, ergiebt sich zur Genüge aus dem Umstande, dass der investierte spätere Erwerber gegenüber dem nichtinvestierten früheren schutzlos ist. Hilft aber hier die Investitur nichts, so kann sie auch nicht aus sich allein, d. h. vermöge einer ausschliesslich in ihr liegenden Kraft, der Grund sein, warum der Erbe unantastbar ist, mit andern Worten: der Erbe verschanzt sich in jenen (S. 41 f. angeführten) Fällen nicht darum hinter seinen Besitz, weil überhaupt an sich investitura zur Uebertragung eines Rechts an der Sache nothwendig ist, sondern weil letztwillige Verfügungen in römischem Sinne den Erben nicht binden.

Für unsern Gegenstand ist das Resultat dieser vorbereitenden Untersuchungen nur ein negatives, aber doch wie mich dünkt nicht werthloses: die Investitur ist weder dingliches Recht selbst, noch zum Erwerb eines dinglichen Rechts nothwendig, es entspringt ihr auch kein Anspruch auf ein dingliches Recht, sie ist ebensowenig ein Mittelding zwischen einem solchen und blosem Besitz, der Begriff der dinglichen Rechte ist mit Einem Worte völlig unabhängig von dem Begriff der Investitur. So vorläufig gegen die Irrthümer der herrschenden Theorien geschützt wenden wir uns zur nähern Prüfung des Wesens der investitura.

Zweites Capitel.

Die Gewere.

§ 3. Begriff der Gewere.

Was nach dem Bisherigen keiner weitern Darlegung bedarf, ist die durchgängige Verwendung des Wortes investitura in dem Sinne von Besitzeinweisung, wie denn auch die Eingangs (S. 1) angeführten Stellen, welche die Identität von investitura und Gewere constatieren, diese Ausdrücke ausschliesslich in eben dieser Bedeutung brauchen. Dass dies der ursprüngliche Sinn gewesen, möchte nicht zu bezweifeln sein. Wer in den Besitz eingewiesen ist, der ist investitus, vestitus, gewert. Es bedarf nur einer leisen Schwankung und Wendung, um von dem Ausdrucke investitum esse zu der Form in vestitura esse, von „gewert sein" zu „in Geweren sein" zu gelangen. Dann ist investitura, Gewere, nicht mehr der Act der Besitzeinweisung, sondern der Zustand des Besitzes, wie auch sala die Tradition und das durch sie übertragene Recht bezeichnet (Stobbe, S. 431). Die fränkische Zeit bietet zahlreiche Beispiele für diese zweite Bedeutung von Gewere, welche späterhin das völlige Uebergewicht und die Alleinherrschaft erlangt hat. Es genügt auf die bekannten Stellen bei Kraut und Stobbe zu verweisen, namentlich auf den oft in den Capitularien wiederholten Ausdruck vestitura domni et genitoris nostri; res quae in nostra vestitura sunt. Einen Unterschied zwischen investitura und vestitura zu machen in der Weise, dass jenes für Besitzeinweisung, dieses für Besitz wäre gebraucht worden, ist kaum statthaft, wenigstens jedesfalls ist die Verwendung beider Formen für die Besitzeinweisung unzweifelhaft, wie die Traditionensammlungen zeigen, und ebenso gehen die Ausdrücke investitum esse und vestitum esse als gleichbedeutend neben einander her.

Also Gewere ist Besitz. Es drängt sich aber sofort die für die Besitztheorie wichtige Frage auf, ob als investitura, Gewere, nur der Eigenthumsbesitz sei bezeichnet worden, oder,

um den Gedanken nach einer andern Richtung zu formulieren, ob eine investitura nur bei Eigenthumsübertragung stattgefunden habe, d. h. die Besitzeinweisung, die ja natürlich auch bei Precarie u. dgl. unerlässlich war, nur bei Uebergabe zu Eigenthum investitura sei genannt worden, und daher dann auch nur der Besitz in Folge solcher Uebergabe zu Eigen den Namen vestitura, Gewere, habe führen können, das deutsche Recht also (um die letzte Consequenz zu ziehen) nur einen Besitz mit sog. animus domini gekannt habe.

Völlig unzweifelhaft ist nämlich, dass der Eigenthümer, auch wenn er das Gut nicht selbst bebaut, sondern es einem Precaristen oder Emphyteuta ausgethan hat, doch die Gewere daran behält. In den Processen, wo eine Partei behauptet, se investitum esse jure proprietario oder ad proprietatem, se vestituram habere, handelt es sich meist um solche Güter (z. B. Muratori, Ant. It. I, 495, 503. II, 241. Chart. I, p. 200 und öfter). Darum wird auch bei Vergabungen an Kirchen, selbst wenn der Vergabende das Gut zu Precarie behält, also in Detention bleibt, doch die Investitur vorgenommen, der Abt des beschenkten Klosters lässt sich in der bekannten solennen Weise in den Besitz einführen, wie an einer Menge von Beispielen zu erweisen ist (z. B. Histoire de Metz, IV, p. 70. Dronke, No. 87. 117. 118. 420. Meichelbeck, No. 369. 538. 540. 661. Lupi, I, 783). Das Kriterium für die Gewere des Eigenthümers ist also nicht das factische Innehaben, sondern der Zinsbezug, die Nutzung. Dieses von den Rechtsbüchern später zu der eigentlichen Definition der Gewere verwendete Merkmal des Zins- und Fruchtgenusses enthalten schon die Urkunden karolingischer Zeit. Das res reddere ad usum monasterii in der Urk. bei Bouquet, VI, 653 ist gleichbedeutend mit dem häufigeren de rebus monasterium revestire. Characteristischer ist Wartmann No. 720 und 730: censarii qui in vestitura monasterii jure census reperti sunt, oder Pérard, p. 33, No. 12, wo von einer villa gesagt wird, sie gehöre dem königlichen Fiscus sine ullo censu et ullo vestidura aut ulla

causa Dei, d. h. ohne irgend welche Zins- und Dienstpflicht gegenüber einer kirchlichen Anstalt, welche daraus ihre Gewere ableiten könnte. Besonders bemerkenswerth sind aber die Urkunden, welche bei Schenkungen mit Niessbrauchsvorbehalt die Constituierung des Zinses als Begründung der Gewere auf Seiten des neuen Eigenthümers auffassen:

Bouquet, Script. VIII, p. 621: Lambertus fidelis noster diebus vite sue ecclesie S. Stephani propter vestituram singulis annis nonam et decimam ex ea (terra) persolvens ipsam jure beneficiario et usufructuario interim teneat.

Histoire de Metz, IV, p. 70: Usu possideat fructuario, ac annis singulis pro vestitura argenti libram persolvat.

Vaissette, II, No. 127: Ein Graf schenkt ein Gut mit Vorbehalt der Leibzucht, et annis singulis in vestituram ipsum decimum ad ipsa casa Dei persolvam.

Cartul. de l'abbaye de Savigny, I, No. 34: et pro investitura dono in praesenti duas cameras (Flächenmass für Weinland), das Uebrige behält er auf Lebenszeit.

ibid. I, No. 434: ein Priester schenkt an das Kloster eine ecclesia unter Niessbrauchsvorbehalt et a die presenti dono de investitura medietatem omnium quae ad ipsam ecclesiam exierint.

Dieses letztere Beispiel führt auf die vestitio ad medium, dare ad medium vestum, medietatem propter vestitionis causa habere u. dgl. im Cartulaire de St. Victor de Marseille, I, No. 69—72, 99, 109, 133, 598. II, 730, 739, 794.

Wie man in jener St. Galler vestitura jure census unschwer die spätere Gewere mit nut und gelde erkennt, so reproduciert sich in der Folge der Gedanke der letztangeführten Stellen in dem bekannten Ausspruch von Schwsp. 22: Will einer seine Gabe stet machen, so setze er dem Empfänger einen Zins darauf, damit hat er die Gewer.

Giebt es nun neben dieser Gewere des Eigenthümers auch eine des Precaristen? Man hat beim ersten Blicke Neigung, diese Frage zu verneinen, weil doch fast durchgängig in den Urkunden über Precarien (die regelmässige Form der damaligen Leiheverhältnisse) von Investitur keine Rede ist und die bei Eigenthumsübertragungen häufige Erwähnung der testes vestitionis dort fehlt. Dieser Grund würde indess doch nicht zur Verneinung genügen, denn es ist möglich, dass man bei Leihe die Investitur in weniger solenner Form vollzog als bei Eigenthumsübertragung, und namentlich keine Zeugen zuzog. Damit war die Hauptveranlassung zu Erwähnung der Investitur in den Urkunden gehoben, da ja in den Briefen über Eigenthumsübertragungen die Investitur so oft nur dadurch zur Erwähnung gelangt, dass man die dazu delegierten Zeugen aufführt. In der That finden wir hie und da von einer investitura des Precaristen, von einem vestire in beneficio oder sub censu u. dgl. gesprochen, sodass man um die Annahme einer Gewere auch des Nichteigenthümers nicht leicht herumkommt.

Als Beleg hiefür möchte ich nicht gerade vorzugsweise Stellen anführen wie die, welche schlechtweg von mansi vestiti im Gegensatz zu mansi absi sprechen. Zwar, wenn ich auch der Erklärung Häberlins (syst. Bearbeitung der in Meichelbeck enthaltenen Urk. S. 189) am liebsten beistimme, dass mansus vestitus ein vollständig ausgestatteter und eingerichteter Hof sei, ein Hof mit vollem Inventar und daher nothwendigerweise von einem ständigen Colon bewirthschaftet [1]), so habe ich doch Bedenken gegen Häberlins weitere Behauptung: „Vestitus steht hier nicht in der Bedeutung von investire, in den Besitz oder die Gewere einweisen, sondern es hat hier die ursprünglich römische Bedeutung: bekleidet.“ Denn das gothische vasjan und das altdeutsche werjan heisst ja eben bekleiden, sodass ein Zusammenhang des Ausdrucks

[1]) Vergl. Guérard, Polyptyque de l'abbé Irminon I, § 321, Waitz über die altdeutsche Hufe, S. 44, und die bei diesen angeführten Stellen.

mansus vestitus mit der Gewere kaum kann verneint werden. Besonders fallen dann in Betracht Stellen wie

> Wartmann No. 18: Trado vobis servum meum cum oba sua et cum omnia quo vestitus est,
>
> ibid. No. 47: Dono servo meo cum alia mancipia tria cum hoba sua et cum omni peculiare suo ex quibus vestitus est.

Immerhin, da es sich hier um servi oder mancipia handelt, kann von keiner Gewere mit rechtlicher Wirkung die Rede sein. Denn das Verhältniss zwischen Gutsherrn und unfreiem Bauer gehört damals überhaupt nicht dem Rechte an, es giebt nur ein Volksrecht, und der Unfreie steht ausserhalb desselben; ein Hofrecht existiert noch nicht, sondern bildet sich erst im spätern Mittelalter in Folge des Eintritts Freier in gutsherrliche Abhängigkeit und der Durchdringung des bäuerlichen Colonats mit freien Elementen. Wie also der unfreie Bauer unter der Willkür des Herrn steht, so kann er ihm gegenüber kein Privatrecht beanspruchen noch geltend machen, folglich auch keine Gewere gegenüber dem Herrn haben, weil eine solche nur insofern sie Rechte erzeugt ein Rechtsinstitut ist. Und auch unter den Angehörigen einer unfreien Hofgenossenschaft besteht noch kein rechtlicher Verkehr, woraus sich eine Gewere des Einzelnen gegenüber seinen Genossen ergeben könnte, weil sie überhaupt in keinem Rechtsverhältniss zu einander stehen, sondern auch hier die Willkür des Herrn die Beziehungen seiner Unfreien unter einander entscheidet. Darum können die angeführten Stellen nur sagen: dono servum cum omnibus de quibus in vestitura (mea) est, ich schenke den Bauer mit Allem, was auf meiner Were ist.

Erheblicher ist aber die ausdrückliche Erwähnung der Investitur des freien Zinsmanns bei Precarie (beneficium):

> Wartmann, No. 22: Ego Rihcarius trado omnia quod abeo; pro precario volo apere usque vita mea, annos singulos solodo cumponu; si Deus mihi filio

dedit, illi sit vestidum, et si mater mea me supervive, illa in ipso cinsu sit vestita.

Cartul. de S. Victor de Marseille I, No. 77 (auch bei Martene et Durand, Coll. I, p. 349): Vestite me in tali conventione, ut quamdiu vixero teneam et post discessum meum revertatur ad S. Victorem.

Courson, p. 134: Postea vestivit Ritcandus abbas Menhoiarn de terra sub censu.

Chart. II, No. 105: Concedimus fideli nostro Luduico et uni heredi post eum quasdam terras S. Mauricii per prestariam, sicut eius pater Uuido et ipse Luduicus vestiti fuerunt in beneficio de manu nostra.

Fantuzzi, I, p. 85: Concedisti mihi omnibus diebus vite mee clausuram vinearum et dedisti mihi tuo misso qui me investiat.

ibid. p. 200: Johannes archidiaconus huic investitioni subscripsit. Petrus consul huic pagine emfitheusin ss.

Nach Aufhören der Precarie fällt die Gewere des Precaristen an den Eigenthümer zurück:

Wartmann No. 308: Si censum duos annos reddere dimiserint, revertatur hoba ad monasterium et domus Dei vestietur in evum habenda.

ibid. No. 386: Si vasalli mei dominium habere voluerint abbatum, beneficium suum habeant tempus vitae suae; sin autem, abba monasterii beneficia in vestituram domui Dei revocet.

Dass dem Precaristen, wie es hier in der That geschieht, eine Gewere zugeschrieben ist, erklärt sich nun übrigens leicht aus dem damaligen Character der Precarie. Es wäre nicht im Sinn jener frühesten Karolingerzeit gedacht, wenn man die Rechte von Eigenthümer und Precaristen einander als domi-

nium und jus in re aliena scharf entgegenstellen wollte. Vorab in Bayern und Alemannien, wo die Kirche im 8. Jahrhundert noch nicht mit grossem Nachdruck auftreten konnte, wird der Rechtsübergang an den Beschenkten derart verclausuliert, dass auf Seiten des Precaristen mehr als ein bloses jus in re aliena bleibt. Namentlich ist es üblich, dass der Schenker, der das Gut als Precarie (beneficium) mit einem Zins belastet behält, sich und seinen Nachkommen bis ins dritte Geschlecht das Rückkaufsrecht ausbedingt: so lang die Aussicht auf solche redemtio bestand, konnte das Recht des Klosters nur als Zwischenzustand erscheinen; und wenn man die scharf abgrenzenden Begriffe dominium und jus in re anwenden sollte, so könnte man wahrlich im Zweifel sein, ob man nicht ebenso richtig den Precaristen als Eigenthümer, das Kloster als anwartschaftsberechtigt oder in einer dem spätern Vogteiherrn analogen Stellung befindlich betrachten müsse. Darum konnte dem Precaristen um so eher Gewere (juristischer Besitz) zugesprochen werden. In fränkischem Rechtsgebiet sind zwar damals die Precarieverhältnisse, wie schon länger in Uebung, so auch in rechtlicher Hinsicht schon abgeklärter, doch ist auch hier die ganze Entwicklung noch im Fluss begriffen, die Rechtsverhältnisse an Grund und Boden liegen in einer völligen Umgestaltung und davon sind naturgemäss auch die Besitzverhältnisse abhängig. Die Auffassung im Allgemeinen ist zwar die, dass das Eigenthum auf den Beschenkten übergeht und der Precarist sich den Usus fructus vorbehält, wie es in unzähligen Urkunden heisst: totum et integrum trado ea ratione ut quamdiu vixero eandem rem per beneficium abbatis usufructuario possideam. Aber die Rechte dieses Precaristen sind doch wesentlich anders gedacht als die des römischen Usufructuars, und namentlich ist von Anfang an schon die Auffassung wahrnehmbar, aus welcher später die Begriffe von dominium directum und utile herausgewachsen sind. Ich will kein zu grosses Gewicht darauf legen, dass auf den Precaristen immer der Ausdruck possidere angewendet wird, von dessen

streng juristischer Bedeutung in römischem Sinn die Urkundenschreiber keinesfalls eine Ahnung hatten, auch nicht darauf (obschon es vielleicht nicht ganz gleichgültig ist), dass die Formel lautet: post obitum ad monasterium revertatur in perpetuam possidendi potestatem u. dgl., was mit jenem St. Gallischen in vestituram monasterii revocari übereinstimmt. Aber das ist erheblich, dass ein Precarist mit Dritten in einen Rechtsverkehr über das Precariegut tritt, von dem das römische Ususfructsrecht nichts weiss. So kommen der Abt Raban von Fulda und der königliche Vasall Helmerich über einen Gütertausch überein und gehen dann den König um Bestätigung an (Dronke No. 523). Die Initiative zu diesem Tausch ist offenbar von Raban und Helmerich gemeinsam ausgegangen, und das jure beneficiario possidere des Helmerich ist der Keim der Lehnsgewere des spätern deutschen Vasallen.

Wie sich somit schon in der Art und Weise der ältesten Leihen karolingischer Zeit die Tendenz der Zersplitterung des Eigenthumsrechts zeigt, so entspricht auch diesem Zustand eine mehrfache Gewere: der vestitura jure proprietario steht gegenüber die vestitura in cinsu oder sub censu, wie es in den oben angeführten Stellen heisst. Das Verhältniss beider zu einander ist denn auch durch das beiderseitige Recht bedingt, dessen thatsächlicher Ausdruck die Gewere ist. Bestimmteres hierüber kann ich aus den Quellen nicht beibringen; so viel ist klar ersichtlich und übrigens natürlich, dass wo ein das Recht des Eigenthümers afficierender Anspruch von aussen her erhoben wird, auch er vermöge seiner investitura jure census das Gut in Rechten vertritt. Für die Gewere des Precaristen können wir uns daneben praktisch betrachtet einen grossen Spielraum nicht denken, indem die Leiheverhältnisse noch zu unausgebildet und noch nicht zu den festen Formen gelangt sind, die dann in späterer Zeit die sorgfältige Normierung der Gewere des Vasallen u. s. f. hervorgerufen haben. Immerhin ist nicht zu bezweifeln, dass im Streit zwischen Eigenthümer und Precaristen über das Gut letzterer die Vor-

theile der Gewere genoss[1]). Am unbedenklichsten und in dieser Hinsicht auch in ihrer Nothwendigkeit einleuchtend erscheint die Gewere des Precaristen Betreffs der Verfolgung gestohlener Fahrnis: aus wessen Gewere die Sache weggekommen ist, der soll sie auch suchen und darauf klagen. Dass aber damals eine Gewere an Fahrnis nicht selbständig für sich in Betracht kommt, sondern der Besitzer des Hofs auch die Gewere des darauf befindlichen Inventars hat, scheint mir aus Stellen wie hoba et omne peculiare quo vestitus est u. dgl. sicher hervorzugehen; nur dadurch, dass man die Gewere des Guts hat, ist man auch vestitus de peculiare; hätte man dem Precaristen die Gewere des Guts abgesprochen, so hätte er auch des Rechts und namentlich der Pflicht der Mobiliarverfolgung entbehrt, was mit Fug nicht anzunehmen ist.

Dürfen wir nun auf Grund des eben Ausgeführten nicht auch schon für die fränkische Zeit eine genauere Begriffsbestimmung der investitura aufstellen als sie mit dem blossen Ausdruck Besitz gegeben ist? Ich meine eine Definition, welche eine juristische Bedeutung des Worts zum Ausdruck bringt, durch welche also der Besitz als ein Rechtsinstitut gekennzeichnet wird. Die Romanisten docieren es längst als eine selbstverständliche Sache, dass das römische Recht nicht bei dem unjuristischen Begriff des Besitzes, der possessio als der physischen Herrschaft über eine körperliche Sache stehen geblieben sei, sondern dem Ausdruck einen juristischen Sinn

[1]) Vergl. die Urk. No. 81 bei Fumagalli: das Kloster St. Ambrosius klagt gegen einen Vasall des Erzbischofs Namens Lupus auf Herausgabe eines Guts. Lupus behauptet es in beneficio seitens des Erzbischofs zu haben; da er nicht aut per monimen aut per testimonia aut per inquisitione aut per possessionem (d. h. durch den Beweis: se investitum fuisse per triginta annos ad beneficium) rebus ipsis defensare poterit, so unterliegt er et advocatum monasterii revestivit. Hier ist der Beklagte freilich nicht Vasall des Klägers, aber wenn, wie es hier geschieht, der Vasall gegenüber einem Dritten als in Gewere befindlich betrachtet wird, so besteht kein Grund, ihm die Gewere gegen den Eigenthümer abzusprechen. Vergl. Baluzius Cap. II. app. No. 16.

gegeben habe theils durch Annahme des Vorhandenseins einer possessio bei Mangel physischen Innehabens, theils durch Ausschliessung der possessio trotz thatsächlicher Beherrschung. Sollte nicht auch bei der Gewere des deutschen Rechts Aehnliches wahrzunehmen sein?

In dem Worte investitura und Gewere so wenig als in dem Ausdruck possessio liegt an sich irgend etwas, das eine bestimmtere juristische Beziehung hätte. Bei den Römern das Sitzen, bei den Deutschen das Umkleidetsein bezeichnet das nackte Factum des Innehabens. Aber indem der Eigenthümer, trotzdem dass er dieses Bekleidetsein, dieses Innehaben aufgiebt und das Gut einem Andern zur Bebauung überlässt, doch nicht aufhört, bekleidet zu sein, doch die Vestitur oder Gewere behält, ist schon der grosse Schritt gethan, der dem Worte einen juristischen Sinn giebt. Und weiter gelangt das deutsche Recht auch nicht minder zu dem andern Resultate, unter Umständen demjenigen, der thatsächlich besitzt, der mit dem Gut bekleidet ist, keine Gewere zuzuschreiben. Was war nun hiefür das entscheidende Kriterium? Es war, wie uns die Rechtsbücher es später ganz zweifellos darlegen, wie wir es aber nach allem Obigen schon für die fränkische Zeit behaupten dürfen, die Nutzung des Guts. Die Gewere äussert sich in der Nutzung, kommt durch sie zur Erscheinung, wird also als nicht vorhanden angenommen, wo die Nutzung fehlt. Gewere ist also der in Nutzung eines Guts sich manifestierende Besitz, ohne Rücksicht auf das thatsächliche Detinieren der Sache. Und weiter: Gewere ist im deutschen Recht die Analogie der possessio des römischen Rechts, des „juristischen Besitzes."

Die zwei Begriffe possessio und Gewere decken sich allerdings nicht vollständig, obschon sie einander viel näher stehen, als die allgemeine Meinung annimmt. Aber die Stelle, welche die possessio im römischen Rechtssysteme einnimmt, ist im deutschen Recht durch die Gewere ausgefüllt; die Besitzlehre die das römische Recht auf seinen „juristischen Besitz" gebaut

hat, entwickelt sich im deutschen Recht aus dem Begriff der Gewere. Es kann nur zur Abklärung der Anschauungen dienen, wenn wir diese Analogien etwas näher betrachten.

Die römische possessio im technischen Sinne, d. h. der jetzt sog. juristische Besitz, ist das vom Recht angenommene Verhältniss, das einzig auf rechtlichen Schutz des Besitzes Anspruch hat. So auch bei den Deutschen: Gewere ist derjenige Besitz, der als solcher rechtliche Anerkennung findet. Hiebei kommt auf die Beschaffenheit des Besitzes nichts an: wie den Römern juristischer Besitz vorhanden ist, gleichviel ob man juste oder injuste, bona oder mala fide besitzt, so ist auch bei den Deutschen die Gewere desjenigen unzweifelhaft, der sich wissentlich Gut hat investieren lassen, welches dem Uebertragenden nicht gehörte, oder der sonst nicht in guten Treuen den Besitz erworben hat [1]). Immerhin, wie bei den Römern hie und da noch im justinianischen Recht der Gedanke, der früher ernstlicheren Anhang gehabt zu haben scheint, dass nur ein durch rechtmässiges Rechtsgeschäft erworbener Besitz wirklich possessio sein und heissen könne, nachklingt, namentlich in einzelnen Anwendungen des Ausdruckes civilis possessio für einen vom Recht gebilligten, zur Usucapion befähigenden Besitz, so finden wir dieselbe Idee ausgesprochen in der schönen Stelle des Capit. von 819 c. 6 (Pertz I, 227): Et si (vestitura) invenitur esse justa atque legitima, tunc vestitura dicatur; nam aliter ne vestitura nominari debet, und dass diese Anschauung nicht bloss Theorie geblieben, sondern praktisch mehr als bei den Römern verwerthet worden ist, werden wir später bei Darstellung des Besitzschutzes sehen.

Ungleich lehrreicher ist nun aber der Einblick in den Punct, wo die römische und die deutsche Rechtsbildung hinsichtlich der Formation des Besitzbegriffs auseinander gegangen

[1]) Man denke an Ssp. II, 24, § 1: man ne sal niemanne ut sinen geweren wisen von gerichtes halven, al si he dar mit unrechte an komen, man ne breke sie eme mit rechter klage (verm. Ssp. I, 32, 1. Schwsp. (L.) 191 b).

sind. Der juristische Besitz des R. R. ist thatsächliche Gewalt über die Sache verbunden mit dem Willen der Eigenthumsausübung (sog. animus domini), „die thatsächliche Existenz des Eigenthums“ (Ihering, Beiträge zur Lehre vom Besitz, S. 195), „der dem Eigenthum correspondierende factische Bestand“ (Ihering, S. 173). Diese Beschränkung haben die Römer vorab in der Richtung festgehalten, dass sie neben dem Eigenthümer keinen zweiten Besitzer derselben Sache anerkannt, z. B. dem Emphyteuta keinen Besitz der Sache animo emphyteutae gegeben, kurz keinen mehrfachen Besitz an der gleichen Sache mit verschiedenem, dem Recht an der Sache entsprechenden animus gestattet haben. Ebenso wenig haben sie sich dazu verstanden, principiell in allen den Fällen, wo der Eigenthümer sich der Nutzung der Sache begeben hatte, statt seiner den Nutzungsberechtigten als Besitzer der Sache zu behandeln. Als sich bezügliche Bedürfnisse im Laufe der Zeit geltend machten, halfen sie nach beiden Richtungen durch die Ausbildung der juris quasi possessio, wodurch z. B. der Superficiar statt einer neben dem Besitz des Eigenthümers stehenden, der Usufructuar statt einer den Besitz des Eigenthümers ausschliessenden possessio an der Sache selbst einen Besitz an ihrem Recht erhielten [1]). Nur ausnahmsweise und mit dem Bewusstsein der Anomalie haben sie einige Fälle des abgeleiteten Besitzes zugelassen; aber es ist historisch erkennbar (man vergleiche Bruns, S. 12 ff.), dass die Behandlung des Pfandgläubigers, des Precaristen, des Sequesters als juristischen Besitzers auf Singularität beruht, ursprünglich bestritten war, und wohl nur einer Zeit ihre Entstehung verdankt, wo man diesen Personen den Inter-

[1]) Denn es ist nicht zu übersehen, dass sofort mit Ausbildung der juris quasi possessio der Usufructuar u. s. w. praktisch alles das erlangte, was er durch Anerkennung eines Besitzes an der Sache erreicht hätte. Es ist (sagt Bruns S. 476) „ein Begriff, der dem Sachen- und dem Servitutenbesitz zu Grunde liegt, nämlich die factische Möglichkeit der Einwirkung auf eine Sache, der Unterschied liegt nur in dem Unterschiede des Allgemeinen und des Beschränkten.“

dictenschutz geben wollte, aber noch nicht zur Aushilfe des Rechtsbesitzes gelangt war.

Wie verhält sich nun dazu das deutsche Recht? der natürliche Ausgangspunct ist auch ihm die factische Herrschaft, die „Thatsächlichkeit des Rechts" (Ihering, Beiträge, S. 166). Wenn dies seinen concreten Ausdruck darin findet, dass die factische Beherrschung der Sache durch deren Nutzung sich kundgiebt und also Gewere der Besitz des die Nutzung Ziehenden ist, so erinnern wir uns sofort, dass auch die Römer in älterer Zeit die possessio als usus kannten, das Zwölftafelgesetz von usus auctoritas fundi sprach, und davon für die Ersitzung der Name usucapio übrig blieb. Nur haben die Deutschen an diesem sinnlichen Merkmal zäher festgehalten als die Römer. Ich will nicht davon reden, dass der Eigenthümer von Fahrnis durch Ausleihen, Vermiethen, Deponieren derselben den Besitz daran verliert, während der römische Eigenthümer trotz solchen Realcontracten Besitzer bleibt. Der Grund ist hier weniger der der fehlenden Nutzung, als der, dass die Fahrnis für sich allein nicht in Betracht kommt, sondern die Gewere am Gute die am Mobiliar umfasst. Die Gewere an liegendem Gut aber ist beherrscht geblieben durch das Kennzeichen der Nutzung, und hat dadurch einen über die römische possessio hinausgehenden Umfang gewonnen. Zwar ursprünglich war auch die Nutzung des Eigenthümers die einzige, die rechtlich in Betracht fallen konnte. So lange er sein Gut nur durch Unfreie bebauen liess, war er der einzige nach Volksrecht Nutzende, er allein investiert und in Gewere; abgeleiteter Besitz des Satzungsgläubigers u. dgl. war wohl so unbekannt als die Satzung selbst. So war auch die Gewere ursprünglich Besitz mit dem Willen der Eigenthumsausübung[1]). Aber sobald die Entwicklung der Verhältnisse

[1]) Womit keineswegs gesagt ist, was ich für falsch halte, dass „ursprünglich der Besitz regelmässig das Kennzeichen des Eigenthums war" und dass man „aus dem Besitze ohne Weiteres auf das Eigenthum schliessen konnte" (v. Bar, S. 171 f.). Denn etwas Anderes ist es,

auch eine Gutsnutzung von Andern als dem Eigenthümer selbst möglich machte, wurde das Gebiet der Gewere auch consequent erweitert. Haben die Römer Schwankungen durchgemacht, bevor sie ihr eng begrenztes Princip zu juristischem Bewusstsein haben bringen können, hat sie z. B. beim abgeleiteten Besitz des Pfandgläubigers gerade der Gedanke berührt, ob man nicht den Geber neben dem Empfänger noch fortwährend als Besitzer ansehen müsse (vergl. Bruns, S. 12), so gehen die Deutschen gleich von Anfang an fest auf alle Folgerungen ein, welche sich aus der Identificierung von Nutzung und Gewere ergaben, einerseits so, dass sie den Satzungsgläubiger, Usufructuar (Leibzüchter) u. s. f. als einzigen Besitzer statt des Eigenthümers anerkannten, andrerseits durch Ermöglichung einer mehrfachen Gewere mehrerer Nutzenden an Einem Gut. Mit dem ersten Falle brauchen wir uns dermalen nicht zu befassen, er tritt in den Quellen dieser Zeit noch nicht hervor, wenn er auch im Leben, zumal in den Verhältnissen des Familienrechts (Vormundschaft, Leibzucht des überlebenden Ehegatten) nicht unbekannt war. Der zweite Fall dagegen, die mehrfache Gewere, hat sich uns eben erst urkundlich nahe gelegt, und zwar kann es sich, wie wir sahen, keineswegs darum handeln, dass nach Art des abgeleiteten Besitzes der Römer die Gewere des Vasallen und Precaristen die des Eigenthümers absorbiert hätte, sondern sie ist neben sie getreten, und es ist somit eine Theilung des Besitzes erfolgt.

Die Gründe dieser verschiedenen Entwicklung liegen in Folgendem. Vor einer Uebertragung des juristischen Besitzes auf Nutzungsbezüger aus fremder Sache bewahrte die Römer die Scheu, mit der sie von Anfang an an die Beschränkung der Freiheit des Eigenthums herangetreten sind: wie der Superficiar nur ein jus in re aliena hat, so kann seine thatsächliche Herrschaft nicht das Abbild des Eigenthumsrechts sein,

Besitz nur da anzuerkennen, wo die Absicht der Eigenthumsausübung besteht, und Eigenthum zu präsumieren, wo Besitz (mit oder ohne sg. animus domini) besteht.

er kann nicht juristischer Besitzer der Sache selbst sein. Im deutschen Recht dagegen tritt sofort mit dem ersten Vorkommen der Gutsleihen die Tendenz der Zertheilung der Eigenthumsbefugnisse hervor: der Precarist, nachher der Lehnsmann und noch später der Erbzinsmann behält oder erhält so weit gehende Rechte am Gute, dass dieselben dem Eigenthum näher stehen als die schliesslich auf Bezug gewisser Dienste oder eines Zinses reducierten Befugnisse des Oberherrn. Und gerade die Nutzung, das Kennzeichen der Gewere, ist doch eher beim Nutzeigenthümer (dominus utilis) als beim Obereigenthümer (dominus directus) zu vermuthen [1]. Wie das Eigenthum in karolingischer Zeit zwischen Verleiher und Precaristen, später zwischen Lehnsherrn und Lehnsmann zersplittert wird, so auch der Besitz. Römisches und deutsches Recht trennen sich hier: jenes hält den Besitz des Eigenthümers an der Sache fest und bildet den Rechtsbesitz des dinglich Berechtigten aus, dieses lässt die Gewere des dinglich Berechtigten am Gute selbst ungehindert sich entwickeln und drückt dadurch schliesslich die Gewere des Eigenthümers zu einer Gewere am Zins herunter. In diese Richtung hat die Deutschen der Umstand wesentlich hineindrängen helfen, dass schon früh eine Gewere an Rechten vorkommt, welche als Analogie der Gewere des zinsberechtigten Eigenthümers, nicht der des Beneficiars oder Precaristen, erschien. Die Gewere an Zehnten z. B. (Wartmann No. 621: decima in mea vestitura) steht auf gleicher Linie mit der vestitura in den auf S. 52 angeführten Stellen. So sagen wir: wie das deutsche Recht geradezu der Annahme eines Ober- und Nutzeigenthums gelangt ist, so ganz entsprechend zu einer mehrfachen Gewere, die man auch als Ober- und Nutzgewere unterscheiden könnte, was die franzö-

[1]) Ob dieser Besitz ohne animus domini und die mehrfache Gewere mehrerer dinglich Berechtigter der logischen Strenge Stand hält oder nicht (vergl. Bruns, S. 468 ff.), kann hier noch nicht erörtert werden, wir werden aber in § 8 und am Schlusse der Untersuchung darauf zu sprechen kommen.

sischen Juristen des 14. Jahrhunderts (§ 27) auch wirklich thun. Wie dagegen im römischen Recht der Eigenthumsbegriff einheitlich geblieben ist, so auch der Besitzbegriff. Somit bildet nach dieser Seite die römische possessio in gleicher Weise das Correlat zu dem Begriff dominium wie die Gewere dasjenige zu dem Begriff des deutschen Eigenthums; dem fest in sich geschlossenen dominium entspricht die einheitlich gestaltete possessio, dem zersplitterten Eigenthum die zersplitterte mehrfache Gewere [1]).

Immerhin sehen wir auch hier, wie nahe verwandt römisches und deutsches Recht in ihren Urbildungen sind. Gerade in dem Institut, in welchem man so gern ein grundverschiedenes Princip wirksam geglaubt hat, ergeben sich uns die gleichen Ausgangspuncte: possessio und Gewere, der juristische Besitz, d. h. das vom Recht angenommene Verhältniss der thatsächlichen Herrschaft über die Sache, stehen ursprünglich im römischen und im deutschen Recht unter wesentlich gleichen Voraussetzungen; die Trennung beider erfolgt unter dem Einfluss der verschiedenartigen socialen und wirthschaftlichen Entwicklung, welche in Rom die Ausbildung eines einheitlichen in sich abgeschlossenen Rechtssystems aus den klar erfassten Rechtsbegriffen heraus erzeugt, in Deutschland dagegen den verschiedenen Ständen und den durch sie vertretenen Culturelementen ein besonderes Recht schafft.

In dem bisher Gesagten ist die Gewere an Fahrnis unberücksichtigt geblieben. Das hat seinen guten Grund: ich finde

[1]) Aus Albrechts Theorie heraus und unter ihrem Einfluss sagt man heut zu Tag oft, die Gewere der mehreren Berechtigten habe in dem mehrfachen Eigenthum ihren rechtlichen Ausdruck gefunden, u. dgl. Aber da verwechselt man Ursache und Wirkung. Vielmehr weil von Anfang an die deutsche Rechtsbildung auf Zertheilung des Eigenthums gieng, konnte auch die Gewere nicht einheitlich gestaltet bleiben. Wie im römischen, so ist auch im deutschen Recht der Besitz nicht das rechtserzeugende Element, sondern der durch unabhängig von ihm entwickelten Rechtszustand bedingte und selbst erst erzeugte thatsächliche Ausdruck des Rechts.

nicht, dass die Quellen von einem investire und einer vestitura in Bezug auf fahrende Habe reden. Wohl besteht auch ein Besitz an Fahrnis, aber er kommt nur durch das Mittel von Besitz an Haus und Hof zur Erscheinung: wer vestitus ist de hoba, ist auch dadurch im Besitz des Gutsinventars. Für die alte Zeit genügt das. Und insofern die Fahrnis nur als solches Inventar, somit geradezu als Pertinenz des Guts oder doch wenigstens als den Bedürfnissen des Hofbauern dienend erscheint, schliesst die Gewere am Gut die an der darauf befindlichen Habe in sich, sodass wer von seinem Nachbar ein Pferd oder ein Kleidungsstück oder sonst etwas leiht, eben darum den Besitz daran gewinnt, weil die Sache sich nun auf seiner Were befindet. So sagen noch in später Zeit die niedersächsischen Weisthümer, dass die nicht in die Erbtheilung gelangende Fahrnis bei der Were bleibe. Von mehrfacher Gewere (des Eigenthümers und des freien Zinsmanns, Precaristen) an der Fahrnis kann immerhin keine Rede sein. Vertritt auch im Streit über das Gut der Eigenthümer nach aussen den Hof mit allem Inventar (hobam cum omnibus appendiciis, worunter mancipia, peculiare, mobilia, z. B. Wartmann, No. 62), so ist er doch nicht Besitzer der selbständig für sich in Betracht kommenden Sachen, wie auch nicht ihm, sondern dem Precaristen und unmittelbaren Inhaber und Bewirthschafter des Guts, und zwar nicht als blosem Stellvertreter des Eigenthümers, sondern in eignem Namen, die Rechtsverfolgung der aus seiner Gewere gestohlenen Fahrnis als Recht wie als Pflicht zukommt (s. Anhang Excurs II).

§ 4. Erwerb und Verlust der Gewere.

Ueber Fahrnis ist hier nichts zu sagen: Erwerb und Verlust der Gewere ist identisch mit Erwerb und Verlust des factischen Innehabens. Für Immobilien ergeben sich folgende Erwerbsarten:

1. Occupation. Dass, wo herrenloses Land occupiert wird, damit zugleich auch Eigenthum erworben wird, berührt uns

hier nicht. Beides vereinigt in Vaissette, I, No. 16: Dixerunt quod aliqui pagenses eos (die Kläger) exinde expellant et tollant nostram vestituram quam per triginta annos seu amplius vestiti fuimus et ipsi per nostrum donitum de eremo per nostram datam licentiam retraxerunt.

2. Besitzübergabe. Das ist selbstverständlich und brauchte kaum erwähnt zu werden, wenn nicht seit Albrecht der seltsame Zweifel discutiert würde, ob die traditio schon die Gewere übertragen habe. Durch das erste Capitel ist diese Frage erledigt. Wie investitura und Gewere eins sind, so kann auch die traditio an sich nicht die Gewere geben.

Weniger zweifellos könnte die Frage sein, ob bei constitutum possessorium, wenn Jemand einem Andern sein Gut zu Eigenthum tradierte und es von ihm sofort unter Zinsbelastung zu Precarie zurückempfangend im Besitz behielt, eine Investitur des neuen Eigenthümers nöthig gewesen sei, um ihm die Gewere zu verschaffen. Die Verneinung dieser Nothwendigkeit würde voraussetzen, dass durch die Zinsbelastung und den Zinsbezug die Investitur als wirklich vollzogen sei fingiert worden. Ich möchte annehmen, dass ursprünglich diese Fiction nicht bestand, wie wir denn auch viele Beispiele haben, zum Theil noch aus verhältnissmässig später Zeit, in welchen eine förmliche Investitur durch den im Besitz bleibenden Zinsmann an den Eigenthumserwerber vorgenommen wird (die Belege s. oben S. 51). Aber je mehr sich die Leiheverhältnisse und gerade diese Art ihrer Begründung häuften und das Rechtsleben von ihnen durchdrungen wurde, desto öfter mochte auch dieses unter Umständen lästige Verfahren preisgegeben werden. Aber immerhin geschah das auf Gefahr des neuen Eigenthumserwerbers, der sich dadurch der Möglichkeit aussetzte, seinem Veräusserer oder dessen Erben gegenüber beweislos zu sein, wie das unten § 11 a. E. noch wird erläutert werden. Dass solche Gefahr vorlag, zeigt die in den Urkunden fränkischer Zeit oft vorkommende Bemerkung, es sei einem durch die Nachlässigkeit des Eigen-

thümers gelungen, sein Lehn oder Zinsgut in Eigenthum zu verwandeln (z. B. Martene et Durand, Coll. I, 160: ob negligentiam abbatum cupiditatemque malorum hominum sibi substractas).

3. Erbgang. Der Erbe erwirbt die Gewere unmittelbar durch des Erblassers Tod an Allem, was der letztere bei seinem Tod in Besitz hatte. Hier haben wir eine weitgreifende Verschiedenheit vom römischen Recht, welche daher auch später in den Ländern, wo sie sich in Kraft erhalten hat, während im Uebrigen die römische Besitzlehre die Herrschaft gewann, unverständlich und ein Problem der Jurisprudenz geworden ist (siehe besonders Buch III, Capitel 2, Spanien). Die Erklärung dieses einfachen Satzes ist merkwürdiger Weise auf die allerseltsamsten Arten versucht worden, namentlich hat Renaud (Zeitschr. für Rechtswissensch. des Auslandes, Band XIX) in Auffindung und Häufung von Schwierigkeiten das Unglaubliche geleistet. Der offenbare Grund ist der, dass der Erbe, wie er keines Erbschaftsantritts bedarf, um in die Stelle des Erblassers zu treten, da er ipso jure in alle Rechtsverhältnisse desselben eintritt, so auch keine Besitzeinweisung oder Besitzergreifung nöthig hat, um des Besitzschutzes zu geniessen. Es ist eine ungemein stark und intensiv wirkende Ausprägung des Gedankens, der das germanische Erbrecht beherrscht, namentlich des Wartrechts der Erben. Wem das nicht genügt, der möge sich etwa noch folgende Argumente vorhalten. Regelmässig sass der nächste Erbe, der Sohn, auf dem Hofe selbst bei dem Vater, er war weder in der Fremde, noch hatte er eine eigene Wirthschaft. So war er schon factisch im Besitz, wenn der Vater die Augen schloss, und bedurfte keiner ausdrücklichen Besitzergreifung und Besitzhandlung, um sich als Besitzer zu documentieren, geschweige denn um die Gewere erst zu erlangen. Er ist im Besitz unmittelbar durch den Tod des Erblassers, er übt den Besitz von diesem Augenblick an ohne weitere Investitur aus. Darum ist auch nicht, wie Renaud aus seiner verwirrenden Argumentation von der Noth-

wendigkeit einer öffentlichen Anerkennung der Gewere heraus schliesst, der nächste wehrfähige Schwertmag des Erblassers der Erwerber der Gewere, sondern der nächste Erbe tritt in die Gewere ein, und nur wenn dieser ein minderjähriger Sohn oder eine unverheiratete Tochter oder sonst vormundsbedürftig ist, tritt der nächste Schwertmag für sie ein, aber nicht kraft eigenen Anspruchs auf die Gewere, sondern vermöge seiner tutela usufructuaria, vermöge Vormundschaftsrechts, welches die Gewere von dem Erben auf ihn überträgt (s. unten § 10). Und später, als die Gutsleihen sich im deutschen Recht heimisch gemacht hatten, lag es doch nahe genug, dass wenn ein Erblasser, der ein Gut einem Colonen verpachtet und durch den Zinsbezug sich in der Gewere erhalten hatte, mit Tod abgieng, der Erbe als ohne Weiteres auch in die Gewere eingetreten betrachtet wurde. Dass übrigens diese Art des Besitzerwerbs schon in fränkischer Zeit gegolten hat, wird bezeugt durch Ausdrücke wie: pater me vestitum de hereditate, vestitum de legitima alode dimisit (Cod. Lauresh. I, p. 9. Beyer I, No. 27).

4. Die Frage, ob durch Gerichtsspruch, Adjudication des Richters, ohne Weiteres die Gewere auf den im Process Obsiegenden übergegangen sei, ist zu verneinen. Die fränkische Zeit weiss hievon schon aus dem einfachen Grunde nichts, weil ursprünglich der Gerichtsspruch nicht unmittelbar ein Recht zuerkennt, sondern nur Wahrspruch über den Beweis ist, und auch später noch oft nicht eine Verpflichtung des unterliegenden Beklagten zur Herausgabe der Sache, sondern nur die Existenz des klägerischen Rechts ausgesprochen wird.

> Bréquigny-Pardessus, II, No. 603: invenimus, quod ibidem nulla justicia Hormungi abbatis apparet.
>
> Aehnlich No. 604.
>
> Muratori, I, 503: Judicatum est, ut pars monasterii S. Jacobi solarium in antea habere et possidere deberet.

Daher erklärt regelmässig der unterliegende Besitzer in Folge des Spruchs seine Pflicht zur Herausgabe und Investitur,

welche letztere nicht mehr nöthig wäre, wenn sie schon durch das Urtheil bewirkt wäre.

> Bouquet, Script. V, 697: unde Gislemarius (Bekl.) Fulradum (Kläger) per suum wadium de villa visus fuit revestisse, postea per suam festucam se exinde dixit esse exitum.
>
> ibid. V, 746. 753.
>
> Baluzius, Capit. app. No. 80: Per suum wadium archiepiscopo res reddidit et suum missum dedit ut super ipsas res quas ipse reddidit veniret et legalem vestituram faceret.
>
> Muratori, Antiq. Ital. I, 461.

Und auch wenn das Urtheil dahin gefasst ist, dass der Beklagte den Kläger revestieren müsse, so ist doch gerade darin auch enthalten, dass das Urtheil selber nicht die Gewere übertragen kann.

> Bouquet, VI, 653: Judicatum est, ut vasallus per wadium suum cum lege et fide facta res redderet ad usum monasterii.
>
> Muratori, Ant. It. I, 487: tractantes auditores, ut vestituram Petrus redere debuisset.
>
> Fumagalli, No. 33. Chart. I, 74.

Eine eigene Investiturthätigkeit des Richters tritt erst seit Ende des 9. Jahrhunderts hervor, hauptsächlich bei der investitura salva querela in Folge Contumaz des Beklagten. Aber auch hier ist die Investitur nicht schon im Urtheilspruch vollzogen, sondern es ist eine Einweisung des Richters nöthig. Wir werden darauf im zweiten und dritten Buch zurückkommen.

Ziehen wir aus dem Vorstehenden das theoretische Resultat, so können wir sagen: auch nach deutschem wie nach römischem Recht wird der Besitz erworben durch Zusammenwirken der thatsächlichen Gewalt und des Willens, die Sache für sich zu haben. Denn die Gewere des Erben ist kaum als ein Einbruch in diese Theorie zu betrachten, und lässt sich auf dem

Wege doppelter Argumentation ihr unterordnen; es liesse sich schon das sagen, der Erbe übe seinen Besitz vor der eigenen Besitzergreifung durch Stellvertreter, nämlich die auf dem Gut befindlichen Wirthschaftsangestellten, Hörige, analog dem Peculiarerwerb. Dass Besitzerwerb durch Stellvertreter und namentlich durch unfreie Vertreter, per servum meum (Rozière No. 258) möglich und üblich war, zeigen uns viele Urkunden. Hält man aber die Analogie des Peculiarerwerbs und des Erbschaftsbesitzerwerbs für unzulässig, so steht doch nichts entgegen, den Erben als in der physischen Möglichkeit der Einwirkung auf die Sache befindlich und daher auch corpore im Besitz stehend zu betrachten, wie in § 14 näher hervorgehoben ist.

Dagegen wird sich für den Verlust des Besitzes nicht so leicht dasselbe sagen lassen. Der römische Grundsatz, dass der Besitz verloren geht, wenn einer der beiden Factoren, deren Zusammentreffen ihn herstellt, aufgehoben wird, wird im deutschen Recht wenigstens fraglich durch den (in § 14 näher gewürdigten) Satz, dass einer Dejection gegenüber die Gewere des Dejicierten in Kraft bleibt. Das führt uns aber schon zu der Frage von dem Schutz des Besitzes.

§ 5. Schutz des Besitzes.

Der Kern der ganzen Besitzlehre ist unzweifelhaft die Art und Weise, wie der Besitz im Rechte geschützt wird. Denn wo kein Rechtsschutz ist, da ist auch keine rechtliche Gewalt, kein rechtlicher Inhalt. Nun ist aber gerade in dieser Hinsicht die Meinung sehr verbreitet, dass der Besitz im deutschen Recht eines unmittelbaren Schutzes nicht genossen habe, womit sich wie von selbst der Irrthum verbunden hat, das deutsche Recht habe keine Besitztheorie gekannt, und die weitere Folge war, dass die Besitzlehre, der man auf Schritt und Tritt in den Quellen begegnete, unerkannt zu allen möglichen Ungeheuerlichkeiten den Stoff liefern musste. Selbst Bruns fand so wenig Besitztheorie im deutschen Recht, dass

das, was er zur Darstellung einer solchen glaubte verwenden zu können, nicht einmal der Besitzlehre angehört. Wir werden nun freilich ein nicht so ungünstiges Resultat erhalten. Vorher muss aber freilich auch wieder der Schutt weggeräumt und die Bahn frei gemacht werden.

Es ist in neuerer Zeit aufgekommen, den von Albrecht in das Sachenrecht gelegten Schwerpunct der Gewere dem Processrecht zu vindicieren. Es genügt an Delbrück und v. Bar zu erinnern. Dem Schlagwort Albrechts: die Gewere die Grundlage des deutschen Sachenrechts, ist das neue entgegengestellt: die Gewere die Grundlage des deutschen Beweisrechts (Delbrück, dingl. Klage, S. 36). Schärfer kann man es nicht thun als z. B. Planck in der krit. Vierteljahrsschrift, XI (1869) S. 181: „Der altdeutsche Process fragt nicht in erster Linie: wie verfolgt man vor Gericht, was uns gebührt, sondern wie vertheidigt man vor Gericht, was man hat. Die Folge ist auf der materiellen Seite der Mangel eines der actio entsprechenden Begriffs, d a g e g e n d i e A u s b i l d u n g d e s B e g r i f f s d e r G e w e r e“ Oder Bethmann-Hollweg, Civilprocess IV, S. 41: „Eigenthümlich ist dem dinglichen Rechtsstreit auch der Einfluss des Besitzes (Gewere) auf das Beweisrecht“. S. 44: „Der Vorzug des Besitzers im Beweisrecht beruht darauf, dass der Besitz selbst nach germanischer Anschauung ein Recht ist, das nur noch der Ergänzung durch den Beweis seines rechtmässigen Erwerbes bedarf, um unbedingt geschützt zu werden“. Vorsichtiger, aber auch nichtssagend drückt sich Stobbe in der krit. Vierteljahrsschrift, XI (1869), S. 248 aus: „Da unzweifelhaft das Beweisrecht in einem gewissen Zusammenhange mit der Gewere steht“. Sind diese Ansichten richtig, so müssen wir auch schon in der Periode der Volksrechte der Investitur diese Bedeutung inwohnend finden. Nun vermag ich aber im germanischen Process jener Zeit nichts zu entdecken, was die Gewere in andrer Weise zum Mittelpunct des Beweisrechts macht als in der so sehr durch die Natur der Sache gebotenen, dass hierin eine Eigenthümlichkeit

des deutschen Rechts nicht hervortritt, und zwar eben so, dass derjenige, welcher im Besitz der Sache ist, der vortheilhafteren processualischen Stellung geniesst, nicht anders als wie es auch im römischen Recht der Fall war und überhaupt in irgend einem soliden Rechtszustand der Fall ist[1]). Mit gleichem Rechte, wie man die oben angeführten Sätze aufstellt, könnte man aus dem römischen Grundsatz melior est conditio possidentis für das römische Recht die Theorie bilden: die Grundlage des Eigenthumsprocesses ist der Besitz, dem dinglichen Rechtsstreit eigenthümlich ist der Einfluss des Besitzes auf die Beweisauflage u. dgl. Allerdings besteht ein Gegensatz zwischen römischem und deutschem Recht hinsichtlich der Art und Weise, wie sich der processualische Vortheil des Besitzers äussert, indem der Besitz bei den Römern die Beweislast auf den Gegner wälzt, bei den Deutschen dem Besitzer das Beweisrecht giebt, aber das ist ja nicht eine aus der Gewere fliessende Eigenthümlichkeit, sondern kommt von der verschiedenen Auffassung des Princips des Rechtsstreits im römischen und im deutschen Recht, einer Verschiedenheit, welche durch das ganze Klagensystem hindurchgeht, auch wo es sich um Geldschuld handelt und von Gewere keine Rede ist, und welche eben darin besteht, dass das deutsche Recht nicht wie das römische den Beweis des klägerischen Anspruchs in erste Linie stellt, sondern den Beklagten zur Rechtfertigung seines Widerstandes

[1]) In dieser Hinsicht ist auch falsch die Auskunft Bluntschlis (krit. Ueberschau, VI, S. 193): „Die deutsche Auffassung des Eigenthumsschutzes vermeidet die probatio diabolica des Eigenthumserwerbs, ... sie entscheidet nur über das bessere Recht zum Besitz". Das ist gar kein Gegensatz, das bessere Recht zum Besitz ist eben durch einen Erwerbsgrund bedingt, und darum kommt, wie wir sehen werden, auch bei den Deutschen Alles auf den Nachweis des Erwerbs an, wie andrerseits auch bei den Römern die Eigenthumsklage nur dann zum Ziele, d. h. Verurtheilung des Beklagten zur Herausgabe der Sache, führt, wenn der Kläger sein „Recht zum Besitze" begründet, nicht aber, wenn er blos sein Eigenthum beweist, jedoch jenes Rechts (etwa wegen eines Pfandrechts des Beklagten) ermangelt. Auch nach dieser Seite ist also kein Unterschied zwischen römischem und deutschem Recht.

gegen den klägerischen Angriff gelangen lässt. Die Gewere ist daher principiell für den Process nicht anders massgebend als bei den Römern der Besitz, d. h. sie bedingt die Parteistellung und damit den Vortheil hinsichtlich der Beweisführung. Ich will dies aus den Quellen der fränkischen Periode in möglichster Kürze darzuthun suchen, indem ich die Urkunden über Processe um Grund und Boden einer Prüfung unterziehe.

Es liegt in der Natur der Sache, dass der Besitzer des streitigen Grundstücks beklagte Partei ist und als Kläger derjenige auftritt, der auf Grund eines von ihm in Anspruch genommenen Rechts am Gute dasselbe gewinnen will. Der Kern der Klage erscheint in der Formel: malo ordine et injuste contra legem detines, mitte mihi responsum, pone rationem. Damit ist schon die Richtung des Processes gegeben, indem das Besitzrecht des Beklagten als Ausgangspunct angenommen und in vorderste Linie gestellt wird: „Dein Besitz ist unrechtmässig, beruht auf keinem Rechtstitel, verantworte dich darüber", heisst so viel als: „gieb an, auf Grund und in Ausübung welches Rechts du den Besitz übest und mir vorenthältst". Das Weitere ist daher von der Antwort des Verklagten abhängig: vermag derselbe gar kein Recht anzugeben, das ihm an der Sache zustehe, so ist er ohne Weiteres sachfällig. Beispiele

> Rozière, form. 461: Repetebat ei quod illa terra post se malo ordine retineret iniuste. Et ipse homo in praesente adstabat et ac causa nullatenus potuit denegare nec tradere rationes, per quem ipsa terra habere debeat. Sic fuit judicatum, ut ipsa terra illo abbate reddere vel revestire debeat, quod ita et fecit.
>
> Rozière, form. 462.
>
> Bouquet, Scriptores, V, p. 697, 746.
>
> Baluzius, Capit. App. No. 80.

Wollte aber der Beklagte das Gut vertheidigen, so brauchte er immerhin nicht weiter zu gehen, als wozu er durch die Aufstellungen des Klägers direct genöthigt war. Dem einfachen

malo ordine detines, pone rationem gegenüber genügte die einfache Behauptung seines Rechts an der Sache; konnte der Kläger gegen dieselbe keine Thatsachen aufbringen, wodurch das Recht und der Rechtstitel des Beklagten angegriffen wurden und unter Voraussetzung ihrer Richtigkeit als hinfällig erscheinen mussten, so beschwor der Verklagte sein Recht und damit war die Sache erledigt.

Rozière, No. 487: Klage: quasi fossado per terra sua ei fossadassit. Antwort: quod terra sua fossado fecisset, nam terra ad illo homine nunquam fossadasset. Visus fuit ut mano sua quarta excusare deberit, quod terra sua male ordine nunquam fossadasset.

Rozière, No. 488: Visum fuit, ut dum hoc denegabit quod ipsas convenencias numquam habuit, ut apud homines tantus ipsi illi excusare deberet quod ipsas convenencias inter se numquam habuissent.

Courson, No. 46: Der Beklagte schwört selbviert, quod justius et propius esset terra ad Ran Brochan quam ad Ran Heubar.

Hieher gehört auch Bréquigny-Pardessus, II, No. 394, wo gegenüber der einfachen Behauptung der Klägerinn, dass sie Eigenthum auf Grund Erbrechts an dem streitigen Gut anzusprechen habe, der Beklagte Amalgar septima manu beschwört, quod terra inter ipso Amalgario vel genetore suo Gaeltramno de annus triginta et uno semper tenuissint et possedissint nec eis diger numquam fuissit, nec aliut exinde non redibirit nisi edonio sacramento.

Kurz, so lange nur Behauptung von Recht gegen Behauptung von Recht stand, z. B. beide Parteien sich nur darauf zu berufen wussten, sie, resp. ihre Vorfahren, seien seit Menschengedenken Eigenthümer gewesen, oder der Kläger Zinsrecht beanspruchte ohne einen Erwerbsgrund angeben zu können, der Beklagte dagegen dieses Zinsrecht läugnend in Ausübung freien ledigen Eigenthums das Gut zu besitzen be-

hauptete, oder umgekehrt der Kläger auf Grund seines Eigenthums Herausgabe verlangte, der Beklagte Zinsrecht in Anspruch nahm, gegen das ihm der Kläger nichts Positives, nur reine Negation einwenden konnte, in diesen und ähnlichen Fällen zeigte sich die Gewere des Verklagten wirksam, indem sie ihm den Vorzug im Beschwören seines Rechts gab. Es konnte aber, wie bemerkt, der Kläger dem Verklagten den Eid über sein Recht dadurch verlegen, dass er eine Thatsache geltend machte, aus der die Hinfälligkeit des beklagtischen Rechts sich als Consequenz ergab. Abgesehen von dem Falle, wo der Beklagte kraft persönlicher Verpflichtung zur Herausgabe der Sache verbunden war, konnte diese Thatsache nur eine solche sein, welche den Rechtserwerb des Beklagten, resp. seines Rechtsvorfahrs, den er bei Berufung auf Kauf, Schenkung u. s. f. beizubringen hatte, als unwirksam darstellte, wie z. B. wenn Kläger behauptete, vom Vater des Beklagten erworben zu haben oder näherer Erbe des bisherigen Eigenthümers als der Beklagte zu sein, oder wenn er geltend machte, der Veräusserer, Autor des Beklagten, sei zur Veräusserung gar nicht befugt gewesen, sei es weil er gar nicht Eigenthümer gewesen oder weil er durch sein des Klägers als seines nächsten Erben bestehendes Wartrecht sei gehindert gewesen oder weil er das Gut ihm dem Kläger schon vorher verkauft gehabt habe u. s. f. Konnte der Kläger in irgend einer dieser Richtungen den Beklagten angreifen, so kam nun auch die Gewere nicht weiter in Betracht, sondern jetzt legte sich das ganze Gewicht auf die Untersuchung des Erwerbstitels, und diejenige Thatsache wurde zum Beweise verstellt, welche für oder gegen dessen Gültigkeit den Ausschlag gab. Man vergleiche aus vielen Beispielen nur

Beyer, I, No. 27: Der Erzbischof von Trier klagt gegen die Söhne Lantberts auf Rückgabe des Klosters Metlach; diese behaupten, ut eorum fuisset vestitura, quia genitor eorum Lantbertus in legitima alode eos vestitos dimisisset. Dieser reinen Behauptung des Eigen-

thumsrechts ohne Angabe eines Titels stellt Kläger die Thatsache entgegen, quod pater eorum Lantbertus per fortia episcopum expoliasset, et per legem et justitiam vestitura partibus S. Petri adesse debuisset, pro eo quod Milo et Hartbanius (Vorfahren des Klägers) monasterium per beneficium Karoli maioris domus et Pippini regis semper habuissent. Die Beklagten versuchen dagegen die Widerlegung durch Berufung auf einen wider Pippin gewonnenen Process, und der Beweis darüber wird ihnen nachgelassen, aber es zeigt sich, ut tales auctoritates non habuissent, qualiter genitor eorum contra Pippinum ipsum monere (lies monasterium) evindicasset, und da Kläger seine Verleihungen durch Zeugen constatiert, so werden die Beklagten sachfällig und die legitima vestitura wird dem Erzbischof zugesprochen.

Muratori, Antiq. Ital. I, 507 (a⁰. 856): Elimberi klagt gegen Bernard auf Herausgabe von Gütern, die ihm, dem Kläger, von seiner Ehefrau Adelburga zugebracht seien, welche hinwiederum sie von ihrem früheren Ehemann Vulsegang zu Morgengabe empfangen habe. Der Verklagte behauptet Erwerb Seitens des Vaters der Adelburga und legt zum Beweise dieses Erwerbs die cartula venditionis vor. Kläger erklärt diese Urkunde als gefälscht. Nun wird ihm die Wahl gelassen, entweder darzuthun, dass Adelburga nach Vulsegangs Tode diese Güter in Morgengabsweise zu Eigen erworben habe, oder die Fälschung der Urkunde zu erweisen. Da er keins von beiden zu thun vermag, so bleibt Bernard Sieger.

Muratori, Antiq. Ital. IV, 275, auch Fumagalli, No. 96 (a⁰. 865): Kläger: monasterium S. Ambrosii zu Mailand, Beklagte Andreas und Ermefret, Söhne des Albinus de Dugno. Klage: mitte mihi responsum de casis et rebus in vico Dugno et Gravadona, qui per-

tinet ad parte monasterii S. Ambrosii. Antwort: casis et rebus habemus et detinemus pro eo quod quia aviani nostre fuit et nos per legem hereditatem habere debemus. Dieser einfachen Eigenthumsbehauptung der Beklagten gegenüber lautet die Replik: Non est veritas, quod res unquam aviani vestra Johannie fuissent, sed ecce judicato hic prae manibus habeo, quomodo jam antea casis et rebus ipsis per judicatum victum habuit. Duplik: nulla nobis impedit judicato ipso, quia nos casis et rebus possesse habemus per annos triginta ad proprio. Da die Wirksamkeit des klägerischen Titels durch dreissigjährigen Besitz elidiert wird (s. S. 80 ff.), so kommen Beklagte zum Beweis ihrer Behauptung (judicatum est ut perportent qualiter dixerint). Da sie aber keine Zeugen dafür finden, so tritt der nun nicht mehr bestrittene Urkundenbeweis des Klägers in Kraft und es ergeht der Spruch, ut revestirent germani de casis advocatum monasterii [1]).

Wenn man zumal an letzterem Beispiele sieht, wie die

[1]) Nur nebenbei sei hier darauf aufmerksam gemacht, wie leicht sich der Uebergang von diesem Verfahren zu dem römischen Processgang ergab. Besonders zeigt sich das in den unter der Herrschaft des westgothischen Gesetzbuchs abgewandelten Fällen, wo schon das Gesetz diese Vermittlung fremden und einheimischen Rechts angebahnt hatte, z. B. España Sagrada, tom. XLIII, apend. 7: Klage: Pascario et teloneo quod imperator Lodovicus cessit de comitatu Impuritano ad episcopatum, Adalaricus illi contendit injuste. Antwort: quod teloneo et pascuario nequaquam de episcopo esse debet nec per jussione imperatoris vestituram exinde non habuerunt. Dann Frage an Kläger: si potuisset habere adprobationem legitimam, pro quibus ea quae dixit in veritate mittere possit. Ille obtulit preceptum imperatoris et testes veraces. Auf Grund der Beweisführung wird dann gemäss lex Gotorum „ab utraque parte" (II, 2, 5) dem Kläger das Streitobject zugesprochen. Man sieht, wie sich aus der auch in Deutschland und Italien aufkommenden Uebung, schon in der Klage den Titel des klägerischen Rechts anzuführen, leicht die Praxis entwickelte, dem Kläger gegenüber der Bestreitung des Beklagten ohne Weiteres ganz römisch die Beweislast für seinen Klagsatz aufzulegen.

Parteien darauf bedacht sind, den Erwerb des Gegners gegenüber ihrem eigenen Titel als unwirksam darzustellen, so mag man in diesem Sinne von „Ueberbieten" und „Abwägen" der Parteibehauptungen reden [1]), nur darf die Meinung nicht sein, als hätten sich die Parteien in immer höherer Steigerung ihrer Rechte überboten, sondern ein Ueberbieten geschah nur in der Weise, dass jede Partei das Vorbringen des Gegners durch eine neue Thatsache unerheblich zu machen suchte, also keineswegs anders als nach römischer Anschauung die Replik eine exceptio exceptionis und die Duplik eine exceptio replicationis ist. Für die Praxis ergab sich auch darum eine grosse Sicherheit, und völlig war man entfernt von aller der Willkür, die man nothwendig in den Kauf nehmen muss, wenn man die germanische Beweisvertheilung auf Präsumtionen oder besseres, stärkeres Recht u. dgl. aufbauen will. Nur in den Fällen zeigt sich eine gewisse Unbehilflichkeit, wenn beide Parteien ihren Erwerb auf verschiedene vielleicht längst verstorbene Veräusserer zurückführten und die beiderseits producierten Urkunden äusserlich tadellos waren. Tam per bonos homines et magnificos viros quam per jam dictas preceptiones diligenter veritatem inquirentes invenimus quod ibidem nulla justitia Hormungi abbatis apparet, sagt die über einen solchen Fall ausgestellte Urkunde vom Jahr 749 (No. 603 bei Bréquigny-Pardessus), verhehlt aber zugleich nicht ihre Befriedigung darüber, dass der Abt Hormung selbst die gegnerische Urkunde als besser anerkannte (ebenso No. 604). Wenn jedoch weder durch Nachgeben einer Partei noch durch diligens inquisitio

[1]) Wie auch die Quellen sagen: regiam monasterii preponderare possessionem (Martene et Durand, Coll. I, p. 169), magis per justitiam et legem servi deberent esse quam ingenui (Baluz. app. col. 823, No. VI), plus pertinet ad episcopum quam a me (ibid. No. 104), quod justius et propius esset terra ad Ran Brochan quam ad Ran Heubar (Courson, No. 46). Noch einige Beispiele bei Brunner, Entstehung der Schwurgerichte, S. 47 und 48, wo auf diese Fassung der Urtheile nach einer andern als der hier in Betracht kommenden Seite aufmerksam gemacht ist.

ein Entscheid konnte gefunden werden, so wusste man sich nicht anders als durch Gottesurtheil zu helfen; so als unter Karl d. Gr. 775 in einem Streit zwischen dem Bischof von Paris und dem Abt von S. Denys jener sich auf eine Schenkung Aderalds, dieser sich auf eine solche von Hagadeus berief und Urkunde gegen Urkunde stand, wusste man, da per ipsis strumentis de utrasque partis certamen non declaratur, kein anderes Auskunftsmittel als ut recto tramite ad Dei judicium ad crucem eorum homines Aderamno de parte S. Dionysii et Corello de parte S. Mariae stare deberint (Bouquet, Script. V, p. 734).

Von dem Satze, dass der Kläger den Rechtstitel des Beklagten angreifen und als hinfällig darthun kann, besteht nun aber eine in den Processen zumal der langobardischen Gerichte sehr beliebte und vielgebrauchte Ausnahme, welche hier um so eher einer einlässlicheren Besprechung werth ist, als sie in der älteren Zeit einigen Ersatz für die noch nicht bekannte „rechte Gewere" des spätern Mittelalters bildet: die Berufung des Beklagten auf dreissigjährigen Besitzstand.

Schon nach ältestem Reichsrecht ist dem Beklagten die Möglichkeit geschaffen, jede Frage nach seinem Rechtstitel (Rechtserwerb) und jede Untersuchung darüber abzuwehren, und zwar auf dem Wege, dass er nachweist, das an der Sache beanspruchte Recht, Eigenthum, Beneficium, Pfandrecht u. s. w., dreissig Jahre lang ungestört geübt zu haben. Der Beweis dreissigjähriger Rechtsübung befreit von der Pflicht, sich über seinen Besitztitel zu verantworten, und damit von der Gefahr des Verlustes der Sache im Falle von dessen Hinfälligkeit. Also z. B. dem Kläger, der sein Gut als sein Eigen beansprucht und bereit wäre den Titel des Beklagten als ungültig darzuthun, geht der Verklagte im Beweise mit der Behauptung vor, se per triginta annos ad proprium investitum fuisse (Muratori, Ant. It. I, 463 und öfter), oder dem Kläger, der von seinem Zinsmann Mehrleistungen fordert, hält der verklagte Colon entgegen, se per triginta annos nil nisi censum

reddidisse annue de personis et rebus pro aldianicia, non vero adjuvasse olivas de olivetas colligere aut premere vel evegere (Fumagalli, No. 41. 121), oder der Klage wegen Ueberackern des Beklagten wird entgegengestellt die vestitura quam per triginta annos seu amplius vestiti fuimus (Vaissette, I, No. 16. cfr. Rozière No. 485). Es unterliegt keinem Zweifel, dass diese dreissig Jahre in der praescriptio triginta annorum des römischen Rechts ihren Ursprung haben. Die Anknüpfungspuncte sind besonders in den Rechtsquellen, die auf italischem Boden entsprungen sind, ersichtlich, so schon im Ed. Theod. 12 und 69, dann in den bald zu besprechenden Edicten der langobardischen Könige; und der Brachylogus tit. XI beschreibt ganz die damalige Praxis, wenn er sagt: si quis rem alienam, bona fide seu sciens alienam, titulo vel sine titulo, per juge tricennium sine aliqua legali interpellatione pro sua possederit, adversus petentem quemlibet, nisi sit venerabilis domus vel fiscus, justa se praescriptione defendet, hae enim personae non nisi quadraginta annorum praescriptione removentur. Auch in den fränkischen Capitularien von 560 c. 13 und 596 c. 3 (Pertz, I, p. 3 und 9) klingt dieser römische Ursprung durch und ebenso in der lex Burg. tit. 79. Vollends ist das westgothische Recht von dieser Verjährung allseitig durchdrungen, welche westgothische Urkunden als Romanae legis sanctio bezeichnen (Vaissette, I, No. 29. 48). In der Gerichtspraxis stellte sich die Sache so, dass der Beklagte dreissigjährigen Besitz in Ausübung des von ihm behaupteten Rechts bewies, sei es durch Eid, wie die ältern Formeln zeigen,

> de annis triginta semper exinde vestitus fui et secundum legem plus est mihi debita quam ipsi homini reddendi (Rozière, No. 484 und 485),

sei es durch Zeugen, wie später die Regel ist:

> Vaissette, II, No. 21: Die Zeugen sagen aus: quod terras unde intentio aderat per triginta annos per beneficium de ipsos abbates S. Johannis vel pro precario tenuerunt et ipsas decimas ad abbates donatas

habebant et eo die plus debet esse de ipso abbate quam de Atone.

Bei Baluz. No. 98 wird der Kläger gefragt: potes habere testes aut scripturas aut ullum indicium veritatis unde legibus convincere possis, ut per triginta annos quieto ordine fuisset beneficius et proprius non debuisset esse de ista Anna. Da er diesen Beweis nicht erbringen kann, aber der Beklagte Zeugen dafür produciert, quomodo habuit alodem ex comparatione vel alode parentorum suorum et quiete possedit et tenuit per triginta annis et supra, so ist die Sache entschieden.

Chart. II, No. 8: Vor (burgundischem) Gericht zu Macon wird dem Beklagten aufgelegt, quod juret, uti sua lex est, quia per se et per suos donatores per triginta annis et amplius legibus vestiti fuissent.

Dieser dreissigjährige Besitz spielt eine besonders grosse Rolle in der langobardischen Gesetzgebung und Praxis. Die Reihe eröffnet Grim. 4 [1]), wonach nachgewiesener dreissigjähriger Besitz dem Beklagten sein Recht an der Sache durch Eid zu behaupten gestattet. Da das langobardische Beweisrecht im Gegensatz zu den andern Volksrechten den Urkunden- und Zeugenbeweis nur als Mittel behandelt, um zum Eid über das Recht zu gelangen, so ist also auch hier nachgewiesener dreissigjähriger Besitz auf gleiche Linie mit dem unangefochten oder unwiderlegt gebliebenen Beweis eines Erwerbstitels gestellt. Unter Bezugnahme auf Grim. 4 hat Liutpr. 54 diese Bestimmung erneuert, doch ohne so genau wie das Gesetz des Vorgängers Beweisfrage und Beweisthema festzustellen. Etwas bestimmter formuliert dies Liutpr. 78, zwar in Bezug auf

[1]) Ich sehe ab von Roth. 228, wo fünfjährigem Besitz schon die Folge beigelegt ist wie nachher dem dreissigjährigen. Die spätern Glossen sowie die expositio betrachten diese fünf Jahre Rothars aufgehoben durch die Edicte Grimoalds und Liutprands. S. Gl. ad Roth. 227, 228. Expositio zu Roth. 228.

sechzigjährigen Besitz, der gegenüber dem Fiscus zu erweisen ist, aber mit der ausdrücklichen Bemerkung, dass diese sechzig Jahre nur Verdoppelung der sonst gewöhnlichen dreissig Jahre zu Gunsten des Fiscus seien, so dass, was hier gesagt ist, auch für den dreissigjährigen Besitz gilt. Der Beklagte muss darnach (ähnlich den Formeln Roz. No. 484 und 485) beweisen, quod ipsam rem per principem ipse aut parentis ipsius per sexaginta annos possedissit, nec eam per legem dimittere deveat [1]). Wenn aber der Kläger (eine Möglichkeit, die schon Liutpr. 54 einräumt) Unterbrechung des Besitzes darthut, so muss sich der Beklagte mit Nachweis eines Erwerbsgrunds vertheidigen (Liutpr. 54: secundum edictum respondeat, erläutert durch Liutpr. 78: aut ostendat praeceptum aut amittat rem). Eine Ausnahme hat Liutpr. 115 nur gemacht bei dem auf Grund einer falsa carta geübten Besitz, insofern als dieser auch durch dreissigjährige Dauer nicht zu dieser Bedeutung erstarkt. Die in Ratchis 6 und Aist. 18 und 22 (vergl. mit Aregis 15) sich findende Erwähnung der dreissig Jahre ist für unsre Frage weiter unerheblich.

Wenn es nach Liutpr. 78, namentlich nach dessen Fassung im liber Papiensis, und Liutpr. 115 scheinen könnte, dass der Nachweis dreissigjährigen Besitzes ohne Berufung auf eine Urkunde nicht genügt habe, so schliessen doch die zahlreichen Beispiele aus der Praxis diese Annahme aus. Höchstens war es so verstanden gegenüber Klagen des Fiscus. An einen Widerspruch zwischen den einzelnen Gesetzen ist auch nicht zu denken, denn lex Liutprandi, Astulfi lege roborata, Grimoaldi legem corroborat (expos. zu Liutpr. 53 [54]). Ebensowenig weist die Praxis eine Spur von den Controversen auf, welche die Glossen und die Expositio zum Edict hervorheben; wenn es da heisst, die Antiqui hätten blos auf den Besitz abgestellt, die spätere Schule habe das aber reprobiert und titu-

[1]) Nach dem lib. Pap. aber: quod ipsa res per principem data fuisset et ipse per parentes eius per LX annos possedisset.

lierten Besitz zum Beweis verstellt, so hat wohl mehr eine Ungenauigkeit als wirkliche Absicht der Antiqui den Anstoss zu dieser Controverse gegeben, denn keinem Menschen konnte es einfallen, dass ein Beklagter, der ein Gut dreissig Jahre lang zu Precarie besessen hatte, nun auf einmal durch Nachweis dreissigjährigen Besitzes sich das Eigenthum erstreiten könne [1]. Durchaus constant finden wir, dass derjenige, welcher sich auf dreissigjährigen Besitzstand berief, nicht einfach wie der liber Papiensis den Antiqui (asini) vorwirft, suam possessionem bewies, sondern der in Ausübung des behaupteten Rechts geführte Besitz Gegenstand des Beweises war. Schon die Gegenrede des Beklagten geht darauf:

Muratori, I, 463: quod ecclesia ad meam haberet et detineret proprietatem, sed non malo ordine, pro eo quod ego et quondam genitor meus eam habuissemus et detinuissemus *ad nostram proprietatem* per annos triginta.

Muratori, V, 257 = Fumagalli, No. 96: casis et rebus possesse abemus per annos triginta *ad proprio*.

Ebenso Memorie di Lucca, IV b, No. 49 V b, No. 647. 831. Chart. I, col. 74.

Darauf wird auch der Beweis gerichtet:

Muratori, I, 495: Dem Beklagten wird auferlegt, si potuisset adprobare, quod casa et res per triginta annos quid ipse quid genitor eius abuissent et possedissent *ad proprietatem*.

Ebenso Chart. I, 285.

Lupi, II, 113: Die Zeugen sagen aus: scio pars

[1] Als Schutzmittel gegen Missbrauch von dieser Seite her könnte allerdings die seit dem Ende des 9. Jahrhunderts aufkommende Uebung betrachtet werden, die Precarien auf 29 Jahre zu errichten. Die ersten Beispiele, und zwar für 28 Jahre, schon a°. 834 und 838 in Mem. di Lucca, tom. IV, suppl. No. 24: V b, No. 523. Später z. B. Chart. I, p. 129. 141. 202 und sonst. Anselminus ab Orto in seinem Tractat über die Leihe giebt als Kennzeichen des contractus libellarius gerade den Abschluss auf 29 Jahre an.

ecclesie de ipsa petiá per triginta annos ad proprium investita.

Mem. di Lucca, IV b, No. 48: in einem Zehntstreit zwischen zwei Pfarrkirchen sagen die Zeugen des Verklagten aus: scio quod hominibus de predictis locibus per quadraginta (gemäss Aist. 18 in fine) annos abuerunt consuetudo decimas dare ad pars ecclesia S. Martini.

Gegenüber einem auf dreissigjährigen Besitz sich berufenden Verklagten ist das Hauptbestreben des Klägers darauf gerichtet, eine Unterbrechung des Besitzes darzuthun. Vermöge des Vorrangs des Zeugenbeweises vor dem Eid (Konrad Maurer, Beweisverfahren, in der krit. Ueberschau, V, S. 332) wird der Verklagte, der keine Zeugen für seinen dreissigjährigen Besitz hat, nicht zum Eid darüber zugelassen, sondern dem Kläger die Möglichkeit eröffnet, durch Zeugen zu beweisen, quod ipse infra istos triginta annos de terra illa investitus fuisset ad proprietatem, d. h. dass er die dreissig Jahre durch Ausübung des von ihm beanspruchten Rechts an dem Gute zu beliebiger Zeit unterbrochen habe[1]). Die langobardischen Urkunden geben hievon ein klares Bild, indem sie den Richter zuerst den Beklagten anfragen lassen, ob er Zeugen für seinen dreissigjährigen Besitz habe, und wenn er das verneint, dem Kläger die Frage stellen, ob er Zeugen für die Unterbrechung des Besitzes auf Grund eines Rechts an der Sache habe:

qualiter abuisset casis et rebus infra istis triginta annos ad proprietatem (Mem. di Lucca, V b, No. 831),

[1]) So ist das infra istos triginta annos zu erklären, nicht wie auch Brunner, Zeugen und Inquisitionsbeweis S. 31 anzunehmen scheint, auf die Behauptung eines ebenfalls während dieser ganzen dreissig Jahre bestandenen Besitzes des Gegners zu beziehen. Cfr. Expos. § 4 zu Liutpr. 54. Lupi, II, p. 1337. Mem. di Lucca, IV b, app. No. 102: testes qui prescriptionem temporis, quam altera pars pretendebat, interruptam fuisse probarent.

si adprobare potuisset per testes aut per inquisicionem quomodo parti jam dicto episcopio de ecclesia infra istis triginta annos vestiti fuissent ad proprietatem (Muratori I, 463),

ebenso Mem. di Lucca, V b, No. 647.

Erst dann, wenn der Kläger hiefür ebenfalls keine Zeugen hat, kehrt die Sache zum Eid des Beklagten zurück, und er beschwört, dass er während dreissig Jahren das von ihm behauptete Recht ungestört geübt habe.

Muratori, I, 503. Mem. di Lucca, V b No. 564: Beide Parteien nullum testem inde dare professi sunt, daher erkannt wird, ut ipse Andreas advocatus ecclesie S. Jacobi (Bekl.), qui ipsam habebat vestituram, diceret juratus, qualiter area illa unde agebatur probrietas fuisset predicti Jagobi et per quadraginta (wegen Aist. 18 i. f.) annos pars monasterii S. Jacobi possedisset ad probrietatem et plus legibus pertinere ad ipsum monasterium ad abendum quam parti S. Silvestri (Kläger) ad redendum.

Konnte der Kläger die Unterbrechung beweisen, so war übrigens damit, wie Liutpr. 54 u. 78 zeigen, die Sache keineswegs zu seinen Gunsten entschieden, denn durch den Beweis einer momentanen Ausübung des Eigenthums war ja noch lange nicht das Eigenthumsrecht selbst dargethan. In der Regel allerdings gab dann, wie die Urkunden zeigen, der Beklagte seine Sache auf, ohne Zweifel weil er nun gegenüber dem meist auf gute Briefe gestützten klägerischen Angriff auf seinen Erwerbstitel nicht mehr aufkommen konnte.

Soll nach dem Allem das Princip, nach welchem sich die Beweisführung in Processen um Grund und Boden regelt, in kurzem Satz formuliert werden, so würde ich auf Grund der Quellen etwa sagen: der Beklagte entgeht kraft seines Besitzes der Klage durch den Eid über sein Recht, solang sein Rechtstitel nicht klägerischerseits durch eine ihn entkräftende Thatsache angegriffen ist. Geschieht dies letztere, so muss Be-

klagter sich gefallen lassen, dass Kläger seinen Titel als unhaltbar nachweist vermöge des ihm (dem Kläger) zustehenden besseren Titels. Von dieser Gefahr befreit den Verklagten (abgesehen von dem Gegenbeweis gegen die Beweisführung des Klägers) nur die Verjährung des klägerischen Anspruchs, welche durch seine (des Beklagten) ununterbrochene und unwidersprochene dreissigjährige Rechtsausübung bewirkt wird.

In allen Fällen, sehen wir, hat die Gewere nur den negativen Werth, dass sie vom Nachweis des Titels befreit, solang derselbe nicht Seitens der Gegenpartei durch eine erhebliche Thatsache in Zweifel gesetzt ist. Was die oben angeführte Urkunde in specieller Anwendung sagt: cum ambae partes nullum testem habere professae sunt, judicatum est, ut advocatus, qui ipsam habebat vestituram, diceret juratus etc., können wir dahin verallgemeinern: wenn das Recht des Beklagten nicht durch einen directen Angriff auf seinen Titel erschüttert ist, so geht der, welcher die Gewere hat, im Eid über das Recht an der Sache vor. Die Römer sagen von ihrem Processrecht aus in analoger Weise: Commodum possidendi in eo est, quod etiamsi res eius non sit, qui possidet, si modo actor non potuerit suam esse probare, remanet suo loco possessio (§ 4, J. de interd. IV, 15); das gemeinsame Princip beider Rechte ist: melior est conditio possidentis.

Ja, wie wenig fragt der altdeutsche Process nach der Gewere bei Prüfung des materiellen Rechts an der Sache selbst! Immer ist es der Rechtstitel, der zur Untersuchung gelangt; der Aufforderung pone rationem von Seiten des Klägers kommt der Beklagte nach durch die Erklärung, legibus per successionem sibi res pertinere ad hereditandum (Memorie di Lucca, V b No. 661. Meichelbeck, No. 122, Beyer I, No. 27 und öfter), oder se fundum de eremo traxisse in aprisione (Vaissette, I, No. 76), oder se curtem de datum archiepiscopi in beneficio habere (Fumagalli No. 81), oder casalem donatum esse in monasterium per ducem et praeceptum de ipsa donatione se habere (Troya, IV, p. 478), oder

Karolum regem sibi villas dedisse ad beneficio (Baluz. No. 16), oder silvam pertinere de jure enfitheusis per annos decem plebi S. Johannis (Arch. stor. Ital. nuova serie, II, parte 1, p. 32), u. s. w. Also Erbrecht, Occupation herrenlosen Guts, Benefizertheilung, Schenkung zu Eigenthum, Emphyteuse, diese Rechte und deren Erwerb gelangen zur Untersuchung, und man kann sich diesen und den vielen vom Rechtserwerb handelnden Stellen in Volksrechten gegenüber unmöglich mit der Abfindung Delbrücks begnügen, es handle sich da nur um verschiedene Arten der Besitzerlangung, nicht des Eigenthumserwerbs, indem durch Kauf, Schenkung u. s. f. an sich nur Besitz erworben werde, Eigenthum erst, wenn der Veräusserer selbst auch Eigenthümer gewesen; das genügt so wenig als Ulpian sich würde gefallen lassen, dass er mit fragm. XIX, 2: singularum rerum dominia nobis adquiruntur mancipatione, traditione, usucapione, in jure cessione, adjudicatione, lege, sich einer Ungenauigkeit schuldig gemacht und im Grunde nur den Besitzerwerb habe meinen können.

Nicht minder stellt der Kläger diesen Rechtsansprüchen des Verklagten seine Rechte entgegen: quod ipse res per beneficium regis habuisset antequam pater eius (des Bekl.) malo ordine introisset (Beyer, I, No. 27), oder gegenüber der Behauptung der Occupation herrenlosen Landes, quod per praeceptum imperiale jure hoc antea habuisset (Vaissette, I, No. 76), der Behauptung des Kaufs gegenüber: quod ab ipso qui tibi vendidit jam antea casalis nobis traditus est (Troya, V, p. 123), oder quod tibi Eriprandus nullo modo venumdare potuit et per conludium Eriprandus tibi ista cartula emisit (Muratori, I, 495), oder quod conjugi meae per morgincap advenit (Muratori, I, 507), oder quomodo jam antea casis et rebus per judicatum victum habuit (Muratori, IV, 275).

Selbst für die rechte Gewere des spätern Mittelalters, welche den Beklagten von der Pflicht, sich auf eine Erörterung seines Rechtstitels einzulassen, befreit, finde ich in fränkischer Zeit nicht genugsame Anhaltspuncte. Zwar v. Brün-

neck (S. 21) deducierte aus Cap. Langob. Hloth. a. 825 c. 11 (Pertz, I, p. 252) die Existenz derselben schon im 9. Jahrhundert. Die Stelle sagt:

> De his qui proprietates suas habent et spontanea voluntate alicui delegaverint, et postea fraudulenter ab aliquo alio ignorante pretium de eisdem rebus venumdatis accipiunt, et cui ipsae res prius traditae fuerint, cognito negotio anno integro silens non contradixerit, sed propter illusionem tacens fuerit, ut emtorem illudere possit, si intra patriam per anni spatium ut dictum est tacens fuerit, prior traditio nihil ei valeat.

Daraus scheint allerdings mit v. Brünneck auf den ersten Blick gefolgert werden zu dürfen, „dass wo der jüngere Erwerber sich ein Jahr lang in dem unangefochtenen Besitz der streitigen Sache behauptet hat, das aus der frühern Traditio herrührende Recht erlöscht, und dass dieser unangefochtene Besitz von einem Jahr der rechten Gewere von Jahr und Tag des spätern deutschen Rechts entspricht, von der wir daher wohl annehmen dürfen, dass sie abgesehen von dem hier vorliegenden Falle auch ausserdem dem ältern germanischen Rechte bekannt war“ [1]). Ich will dem gegenüber nicht geltend machen, dass die Stelle den Besitz des zweiten Käufers nicht nothwendig voraussetzt, dass im Gegentheil die von Boretius im liber Papiensis zu diesem Capitular abgedruckte Formel (Pertz, IV, p. 545) den ersten Erwerber als Besitzer

[1]) Nur nebenbei sei bemerkt, dass v. Brünneck dieses Capitular in einer Weise übersetzt, welche ihn von der Gleichstellung mit der rechten Gewere hätte abhalten sollen. Er versteht nämlich die Worte ab aliquo alio ignorante so: von einem Andern, der von der früher geschehenen traditio keine Kenntniss hat. Wäre dies richtig, so wäre schon damit die Verschiedenheit von der rechten Gewere constatiert, da bei dieser die bona fides nicht Voraussetzung ist und nicht in Betracht fällt. Ich übersetze aber: von Jemand unter Unkenntniss des Andern, d. h. frühern Erwerbers, und rechtfertige diese Uebersetzung mit dem nachfolgenden cognito negotio, also: der zweite Verkauf hat ohne Wissen des ersten Käufers stattgefunden; dieser aber muss Einspruch erheben innerhalb Jahresfrist seit erlangter Kenntniss.

erscheinen lässt; denn ganz abgesehen von dadurch erwachsenden Interpretationsschwierigkeiten schwächt sich dieser Grund schon dadurch ab, dass das Cap. Adelchis cap. 5 (Pertz, IV, p. 211), welches wohl ohne Zweifel an das Cap. Hlotharii anknüpft, ausdrücklich sagt: si emtor rem ante faciem eius cui obligata fuerit prius, anno uno expleto possederit; und was die Formel betrifft, so existieren darüber bemerkenswerthe Varianten (Walter, Corp. iur. Germ. III, 642), die mir vor der von Boretius aufgenommenen Lesart den Vorzug zu verdienen scheinen. Dagegen betrifft, wie ich glaube, das Cap. Hloth. einen ganz speciellen Fall von mala fides des ersten Erwerbers, wofür vielleicht Liutpr. 96 eine Analogie bietet, woraus aber nicht in weitester Verallgemeinerung schlechthin der Beweis darf entnommen werden, dass die rechte Gewere in der Ausdehnung, wie sie das spätere Mittelalter kennt, schon im 9. Jahrhundert bestand. Ein directer Gegenbeweis gegen diese Bedeutung des langobardischen Capitulars liegt vielmehr in der gerade aus langobardischen Urkunden ersichtlichen überaus häufigen Berufung auf dreissigjährigen Besitz. Ein Vergleich zwischen einer langobardischen Urkundensammlung und einer Zusammenstellung deutscher Schöffenurtheile ergiebt zur Evidenz, dass in der langobardischen Praxis der dreissigjährige Besitz ganz die Rolle gespielt hat wie vor den deutschen Schöffengerichten die rechte Gewere, und die Liebhaberei der Grundbesitzer, den Beweis dreissigjähriger Rechtsübung zu führen, wäre doch gar zu seltsam, wenn die Vorschützung einjährigen Besitzes denselben Dienst gethan hätte. Einen weitern Beweis finde ich in dem Schweigen der Urkunden über diese angebliche rechte Gewere des Langobarden Rechts. Es sind uns so zahlreiche Verbriefungen von Grundeigenthumsprocessen erhalten, dass man nicht annehmen kann, es seien gerade die Urkunden über solche Processe, wo die rechte Gewere den Entscheid gab, sämmtlich verloren gegangen. Das Einzige, was ich beizubringen wüsste, ist, dass in dem berühmten Diöcesanstreit zwischen den Bischöfen von Arezzo

und Siena (Anfang des 8. Jahrhunderts) von einem per unum annum tenere des Sieneser Bischofs die Rede ist, doch nur gelegentlich und ohne dass aus diesem einjährigen Besitz eine rechtliche Schlussfolgerung gezogen würde (Brunetti, Cod. dipl. Tosc. I, p. 425). In einem Process vom Jahr 880 sodann (Muratori, Antiq. Ital. I, p. 435) heisst es zwar vom Beklagten: ostendit cartulam venditionis, quae necdum unius anni spatium expleverat, aber es ist nicht ersichtlich, dass auf das Alter der Urkunde wirklich etwas ankam, sondern der Kläger führt den Beweis, dass der Vater des Beklagten schon auf das Gut Verzicht geleistet hatte. — Auch ausserhalb Italiens finde ich keine Belege für das Bestehen der rechten Gewere [1]), wenn man nicht schon den Keim derselben in tit. 45 der lex Salica erblicken will, oder Gewicht darauf legt, dass zu der Verjährungsfrist von 30 Jahren bisweilen noch ein Jahr hinzugerechnet wird, z. B. Rozière, form. No. 485. Bréq.-Pard. No. 394.

Kehren wir zu unserer Hauptfrage zurück, dem Einfluss der Gewere auf die Zuerkennung des materiellen Rechts an der Sache im Processe. Wie weit die vielen diesen Satz variierenden Meinungen von der Wahrheit entfernt sind, könnte aus dem Bisherigen erhellen. Aber hätten wir es nur mit Immobilien zu thun, so wären vielleicht alle diese Meinungen nicht entstanden. Vielmehr verdanken sie ihren Ursprung wesentlich dem Mobiliarprocesse und zwar dem Grundsatze, dass wer freiwillig eine bewegliche Sache in eines Andern Besitz gegeben hat, sie gegen einen dritten Inhaber, der sie auf irgend welche Weise in seine Hand bekommen hat, nicht einklagen kann, also dem bekannten Satze von Ssp. II, 60, § 1 und dem Rechtssprichwort „Hand muss Hand wahren". Wie schon Albrecht auf Grund dieses Satzes die Gewere als das Fundament der Mobiliarklage hinstellte, so haben sich

[1]) Bei Bouquet, VIII, p. 410 No. 10 heisst es: ne quis se per annorum curricula dierumque muniat volumina. Dabei ist offenbar an längere Fristen als an die von Jahr und Tag gedacht.

die Neuern nicht von dem Irrthum losmachen können, dass der Eigenthumsschutz von der Gewere abhängig gewesen sei. Ich habe schon früher[1]) nachzuweisen gesucht, dass das Motiv dieser Beschränkung der Mobiliarverfolgung keineswegs Ausfluss des Princips der Gewere ist, sondern auf der executivischen Natur des altdeutschen Processes beruht. Bei dem engen Zusammenhang, in welchen die bisherige Doctrin diese Frage mit der Theorie von der Gewere gesetzt hat, mag es nicht unpassend sein, die von mir aufgestellte Ansicht, an der ich in der Hauptsache nichts zu ändern weiss, und auf deren einlässliche Ausführung in fraglicher Gelegenheitsschrift ich verweise, auszugsweise als Excurs 2 im Anhang beizufügen.

Müssen wir daher für den Mobiliar- wie für den Immobiliarprocess festhalten, dass die Gewere für den Entscheid über das materielle Recht an der Sache unerheblich ist, so können wir nun an die eigentliche Frage dieses Paragraphen herantreten: kennt das altdeutsche Recht einen Schutz des Besitzes als solchen, um seiner selbst willen, ohne Rücksicht auf das Recht an der betreffenden Sache? Was die Fahrnis betrifft, so giebt es nicht nur keinerlei Rechtsmittel zum Schutz des Besitzes, sondern auch nicht einmal eine Feststellung der Besitzfrage zur Vorbereitung des Eigenthumsprocesses. Detention und Gewere fallen bei der Fahrnis zusammen und es besteht kein Bedürfniss, gegen den Detentor andere Rechtsmittel zu geben als die auf endgültige Abgewinnung der Sache gerichteten. Nicht durchweg das Gleiche gilt von Grund und Boden. Ich will auch hier wieder zuerst die Quellen reden lassen und dann die Bilanz ziehen.

Nicht selten zeigt sich in Processen um Grund und Boden die Erscheinung, dass die Gewere von Anfang an bestritten, von beiden Parteien für sich in Anspruch genommen wird.

[1]) Die Beschränkung der Eigenthumsverfolgung bei Fahrhabe und ihr Motiv im deutschen Rechte, von A. Heusler. Gratulationsschrift der juristischen Facultät der Universität Basel zum fünfzigjährigen Doctorjubiläum von C. G. Homeyer am 28. Juli 1871. Basel 1871. 4°.

Das ist theils dann der Fall, wenn eine Partei von der andern gewaltsam des Besitzes entsetzt zu sein erklärt, theils aber auch dann, wenn beide Parteien, etwa zwei Klöster, seit längerer oder kürzerer Zeit im Besitz zu sein, nun aber von der andern in der Ausübung des Besitzes gehindert zu werden behaupten. Im ersten Fall verlangt der Dejicierte, dass ihm in Aufhebung der Besitzentsetzung die Gewere zugetheilt werde, im zweiten begehrt jede Partei, dass ihr die Gewere auf Grund des factischen Bestandes zugesprochen werde, in beiden Fällen ist das Bestreben der Parteien immer das, für das Beweisverfahren über die Hauptsache in die Beklagtenrolle zu gelangen, und damit den Angriff des Gegners auf ihren Rechtstitel abwarten zu können. Verweilen wir kurz bei diesen zwei Möglichkeiten.

Es ist ein dem alten Recht schon ebenso wie den Rechtsbüchern geläufiger Gedanke, dass Niemand seine Gewere durch Gewalt verlieren mag, dass also keiner durch gewaltsame Besitzentsetzung eines Andern sich den Vortheil der Gewere und der Beklagtenrolle verschaffen kann, vielmehr der Dejicierte vor Allem berechtigt ist zu verlangen, dass ihm die „Werę getheilt" werde, bevor der Streit über das Recht an der Sache zur Untersuchung gelangt. Einen ansprechenden Ausdruck findet dieser Gedanke vorab in Cap. v. 819 c. 6 (Pertz, I, p. 227): Si invenitur justa et legitima, tunc vestitura dicatur, nam aliter ne vestitura nominari debet; wenn eine unrechtmässige, gewaltthätige Besitzergreifung nicht Gewere heissen kann, so können auch die Folgen der Gewere nicht an sie geknüpft sein. Auch sonst werden die Ausdrücke vestitura, vestitum esse, manu vestita possidere in einer bisweilen frappanten Weise zur Bezeichnung des rechtmässigen Besitzes gebraucht. Ich will nicht gerade namhaft machen, dass der Schenker das Gut überträgt sicut vestitus sum, quicquid manu vestita habeo, qualem in mea vestitura habere visus sum, u. s. w. was bei sorgfältigerer Fassung (z. B. Wartmann, No. 372) sich zu einem quicquid in justa vestitura

habeo oder quicquid mihi legibus obvenit u. dgl. präcisiert. Schon bezeichnender ist es, wenn in jenen Fällen, wo ein Stift oder Kloster durch Krieg oder Brand oder sonst seine Urkunden verloren hat und der König auf seine Bitte einen Missus abordnet zur Verification seines Besitzstandes durch inquisitio, dann der Bestätigungsbrief für seine Besitzungen einfach auf die vestitura oder auf die Güter unde vestiti esse videntur lautet (Lupi, I, 1043, Muratori, Antiq. Ital. II, 975, 977. Lacomblet, I, No. 1), was aber gleichbedeutend ist mit der legalis oder legitima vestitura (Chart. I, col. 50, 104. Muratori, II, 939. Lupi, II, 507) oder mit res undecumque ecclesia juste et rationabiliter vestita erat (Bouquet, Scriptores, VI, p. 489). Wie ferner die manus vestita in der lex Baiwar. app. IV texti primi als Ausdruck für rechtmässigen Besitz gebraucht ist, so wird besonders auffallend der forcia entgegengestellt die manus vestita als der rechtmässige Besitz bei Bréquigny-Pardessus No. 440, wo der Kläger Abt Magnoald dem Beklagten Drogo, welcher sich auf einen Tausch seines Schwiegervaters Berchar mit Magnoald beruft, entgegenwirft: quod hoc (den Tausch) nunquam ficissent, nec de ipsa curte Bercharius mano vestita nunquam habuissit, nisi malo urdene per forcia et inico ingenium ipsi agentis Drogone de potestate sua abstraxissent. Kann man also durch forcia, durch Dejection, keine manus vestita oder Gewere gewinnen, so bleibt eben die Gewere beim Dejicierten.

Zweifelhafter Besitzstand sodann ist vorhanden entweder in dem Falle, wo zwei Personen auf einem Gut dieselben Handlungen vornehmen, etwa die Ernte einheimsen, von dem Colon dieselben Leistungen eintreiben, und darüber in Streit gerathen, oder in dem Falle, wo zwischen zwei Nachbarn die Grenzen streitig geworden sind und ein gewisses Grenzgebiet zweifelhaften Besitzes ist.

In diesen Fällen nun ist dem altdeutschen Recht eine besondere Prüfung der Besitzfrage vor der Untersuchung der eigentlichen Zugehörigkeit des Guts keineswegs unbekannt.

Ja wir werden Beispiele kennen lernen, wo possessorium und petitorium ziemlich bestimmt neben einander stehen. Aber immerhin ist der einzige Zweck dieser besondern Prüfung der Besitzfrage, dieser Veranstaltung eines Possessoriums doch nur der, für die Verhandlung über das Recht an der Sache die Parteirollen festzustellen, die richtige Parteilage zu gewinnen. Man legt daher namentlich bei Dejection weiter keinen Werth darauf, dass der Dejicierte wirklich vor der Hauptverhandlung wieder förmlich in Besitz gesetzt sei, sondern nur darauf, dass er in dieser Verhandlung nicht eine nachtheilige Stellung einnehme. Das konnte erreicht werden ohne factische Revestitur des als Besitzer Anerkannten, welche vorzunehmen um so weniger Zweck gehabt hätte, da der Process seinen ununterbrochenen Fortgang hatte und sofort nach Entscheidung der Besitzfrage ein Gerichtstermin zur weitern Verhandlung angesetzt wurde. Und selbst die Theilung des Processes in zwei solche Termine erschien oft nicht als Bedürfniss; man fand nämlich kein Bedenken darin, die Rechtsfrage mit der Besitzfrage zur Verhandlung zu bringen, sobald die Sache so stand, dass der Besitzer doch nicht mit dem Beschwören seines Rechts davonkommen konnte, sondern der Rechtstitel angefochten war, mithin der Vortheil der Gewere, der sich ja nur wirksam zeigte, wenn der Entscheid auf den Eid über das Recht gestellt wurde, nicht in Frage kam. Um in dieser Beziehung keine Unsicherheit zu lassen, will ich die Fälle von Dejection und von zweifelhaftem Besitzstand hier näher darstellen und prüfen.

1. Dejection.

Die Urkundensammlungen haben uns viele Fälle aufbewahrt, wo unzweifelhaft gewaltsame Besitzentsetzung des Klägers stattgefunden hatte, letzterer aber dennoch nicht die Vorfrage erhob, ob ihm für den Process die Gewere zuzutheilen sei, sondern ohne Weiteres in die Hauptfrage eingieng. Das geschah wohl, weil sich der Kläger zum Voraus sagen mochte, dass er doch zur Vertheidigung seines Rechtstitels werde

gedrängt werden, und auch des Beweises für die Rechtmässigkeit desselben sicher genug war, um ihn sofort mit der Klage anzutreten. So erkläre ich mir z. B. Beyer, I, No. 27, Chart. I, col. 74 und eine Menge andrer Fälle, wo der Kläger ausdrücklich erwähnt, quod alter vi eum expoliasset, per forcia introisset, dennoch aber sich sofort auf die Verhandlung über den Rechtstitel einlässt, ja diese selbst provociert. Dagegen haben wir auch Beispiele, wo der Kläger vorerst die Dejection allein zum Gegenstand der Untersuchung machen will, etwa weil sein Rechtserwerb in alte Zeiten zurückgeht und ihm vielleicht die Urkunden zum Beweise mangeln, so dass es ihm daran gelegen ist, sich für alle Fälle die Beklagtenrolle zu sichern; denn so wenig ihm die Gewere an sich nützt, wenn der Gegner mit genügenden Waffen gegen seinen Rechtserwerb auftritt, so gross ist der Vortheil der Gewere für ihn, wenn diese Waffen beim Gegner fehlen sollten, und darum ist es für ihn rathsam, im Hinblick auf diese Eventualität sein Interesse zu wahren. Ein gutes Beispiel für eine solche Vorverhandlung über die Dejection und die dadurch bedingte Besitzfrage giebt

Meichelbeck No. 368. Der Vogt des Bischofs Hitto klagt gegen Waldker, quod injuste curtem ecclesiae intraret et proprium servum S. Mariae vapularet. Der Beklagte antwortet: curtem suam propriam esse. Aber der vorsitzende Graf stellt, veranlasst durch die Klage, die Urtheilsfrage: utrum ille vel episcopus vestituram haberet, und erhebt durch Inquisition der Nachbarn eine Kundschaft über den Besitzstand, aus der hervorgeht, quod temporibus Karoli imperatoris Atto episcopus eam potestative haberet, similiter et Hitto, usque Waldker injuste inde devestisset. Darauf ergeht der Spruch, Hittonem episcopum vestire debere.

Das ist reine Verhandlung über die Besitzfrage; der Entscheid Hittonem vestiri debere ist noch nicht das Endresultat, sondern heisst nichts andres als gemäss Richtst. Landr. 26 § 4,

dem Bischof Hitto sei die were gedeilet, d. h. der Besitz und damit die Beklagtenrolle zugesprochen. Dass es nicht schon die Definitivsentenz ist, geht aus der Fortsetzung der Urkunde hervor. Es heisst nämlich, Waldker habe nun erkannt, quod nequaquam obtinere poterat quod volebat, und habe sich für besiegt erklärt. Das wäre gar nicht mehr nöthig gewesen, wenn jener Spruch das Endurtheil gewesen wäre. Es hätte also Waldker den Rechtstitel des Bischofs angreifend die Cognition der Rechtsfrage provocieren können, aber weil ihm kein Anfechtungsmittel zu Gebote steht, sieht er seine Sache als verloren an.

Eine grosse Aehnlichkeit mit diesem Process zeigt der von Muratori, III, 643 mitgetheilte, zwar aus späterer Zeit stammende (v. J. 1010), aber offenbar noch auf rein deutschen Grundsätzen beruhende.

> Vor dem Bischof von Arezzo klagt der Abt des Klosters der hh. Flora und Lucilla gegen Petrus filius Andree, quod tu mansum et terram malo ordine investisti. Die Antwort ist auch hier wie oben: Mansus mea proprietas est. Replik: Predium ecclesie S. Flore est et tu eum malo ordine investisti. Duplik: Ex hoc tortum adversus me quaeris. Statt dass nun über den Besitzstand eine Inquisitio erhoben wird wie im obigen Falle, provociert Kläger zum Zweikampf de investitura praedii, offenbar auf Grund des Gesetzes Ottos (Pertz, II, p. 33, c. 3. Bethmann-Hollweg, Civilprocess IV, S. 32). Das Weitere wird in der Urkunde nicht mitgetheilt.

Hieher gehört auch Muratori V, 309 = Memorie di Lucca, V c, No. 1058 (a. 902):

> Vor dem Bischof von Lucca klagt Viventius, Vicedom des bischöflichen Hofs, gegen den Priester Gisbert, quod introivit in ecclesiam S. Gervasii una cum rebus ad eam pertinentes et tulit exinde oblationes et fruges tam ipse quam homines quas ipse trasmisi et in sua

BAYERISCHE STAATS- BIBLIOTHEK MUENCHEN

potestatem malo ordine avet. Antwort: quod hoc veritas non esset. Kläger, gefragt, si hoc per testes approbare potuisset quod dicebat, an non, erklärt, quod hoc per testes approbare non posset. Darauf ergeht das Urtheil, Gisbert solle dem Viventius wadia dare jurandi ad Evangelia justa lege quod in plebe S. Gervasii et in casis et rebus ad eam pertinentes non introisse nec oblationem et fruges exinde tulissent nec homines a tollendum misisset neque infra potestatem abuisse malo ordine, pro quod legibus componere deberet. Dies geschieht. Dann fängt aber Viventius gegen Gisbert an zu reden: Volo scire si iste Ghisbertus contendere aut contradicere vuld suprascriptam ecclesiam S. Gervasii cum casis et rebus ad eam pertinentibus, aut si abuit et abet exinde ordinationem aut electionem vel qualibet scriptionem aut firmitatem, per quas ipsam plebem vel rebus eius contendere aut contradicere possit. Gisbert antwortet: de ipsa ecclesia S. Gervasii ordinationem nec electionem neque firmitatem numquam abuit nec abeo. So ergeht das Urtheil, dass das Bisthum diese Kirche aberet sine contradictione Ghisberti.

Diese Urkunde dürfte folgendermassen zu verstehen sein: Viventius, zweifelhaft über die möglichen Vertheidigungsmittel Gisberts, sucht sich vor Allem die Beklagtenrolle zu sichern, und bringt daher die eigenmächtigen Eingriffe zur Sprache. Gisbert aber stellt geradezu diese Thatsachen in Abrede, behauptet also gar nicht in die Besitzung eingedrungen zu sein, gar keine Früchte daraus gezogen zu haben, und ist bereit darüber den Eid zu leisten, um der Busse zu entgehen [1]). Da

[1]) Aehnlich wie in Richtst. Lehnr. 15, § 3 der Lehnsmann, der vom Herrn wegen Entfremdung des Guts belangt ist, antwortet: he hebbe de were unde dat len van des heren gnaden unde hebbe des ni an enen anderen heren getogen. Immerhin bleibt bei dieser Urkunde einiger Zweifel. Ansprechender möchte Manchem folgende Erklärung sein:

dadurch Viventius in der Gewere gesichert ist, so veranlasst er jetzt den Gegner zu einer Erklärung über seinen allfälligen Rechtsanspruch, welche ebenfalls zu seinen Gunsten ausfällt.

Dagegen konnte es nun auch vorkommen, dass der Beklagte, dem der Kläger wegen Dejection die Gewere abgewinnen wollte, sich auf die Vorfrage über den Besitz nicht ausdrücklich erklärte, sondern sofort einen Erwerbstitel für sein Recht oder die Ungültigkeit des klägerischen Titels geltend machte. Dies konnte als Angriff auf den Kläger angenommen und sogleich dem Beklagten zu beweisen überlassen werden, weil wenn dieser Beweis gelang und der Kläger nichts dagegen aufbringen konnte, die Untersuchung über die Gewere doch zwecklos war. In dieser Weise erkläre ich

> Baluz. No. 16, auch Vaissette, I, No. 5 (a⁰. 783): Der Erzbischof von Narbonne klagt gegen Graf Milo, dass er Güter de causa ecclesiarum SS. Justi et Pastoris im Besitz habe, quae invasit de potestate de isto archiepiscopo. Milo, sich gegen die Dejection verantwortend, behauptet: ipsas villas senior meus Karolus rex eas mihi dedit ad beneficio. Da dieser Rechtstitel, auch wenn dem Erzbischof die Gewere zugetheilt würde, jedesfalls nachher zur Verhandlung käme, und Milo

Kläger behauptet eigenmächtige Besitzergreifung, Beklagter stellt (nicht den Besitz, sondern nur) die Eigenmacht in Abrede; Kläger, eingeladen, diese letztere zu beweisen, hat kein Beweismittel; Beklagter wird daher zum Eid darüber zugelassen, dass sein Besitz kein gewaltsam erworbener sei. Nun muss Viventius doch in der Rolle des Klägers bleiben, und er fordert nun (vergl. Richtst. Landr. 26, § 4) den Beklagten auf zu sagen, auf Grund welchen Rechtstitels er das Gut in Anspruch nehme. Da Beklagter keinen Titel angeben kann, so wird er sachfällig. Dieser Auffassung stehen zwei Bedenken entgegen: 1. der Beklagte soll doch nicht beschwören, dass sein Besitz nicht eigenmächtig sei, sondern dass er überhaupt nicht besitze: non introisse nec oblationem et fruges tulisse. 2. wenn der Beklagte keinen Titel angeben kann, so wird dennoch die Sache nicht ohne Weiteres dem Kläger zugesprochen, wie es hier der Fall wäre, sondern der Kläger müsste selbst etwas anführen können, wodurch das Recht des Beklagten elidiert wird. Da das nicht der Fall ist, so ist Viventius als Besitzer zu denken.

ihn beweisen müsste, um wieder zu den Gütern zu kommen, so wird ihm dieser Beweis sofort nachgelassen. Er erklärt aber nichts dafür beibringen zu können. Nun erst tritt wieder die Frage hervor, ob dem Erzbischof die Gewere zuzutheilen sei. Zu diesem Behuf übernimmt letzterer den Beweis dessen quod dicebat super Milone, d. h. doch wohl der Besitzentsetzung, und die von ihm beigebrachten Zeugen sagen aus: scimus et vidimus ipsas villas habentes et dominantem ad archiepiscopo, also blos Aussage über den Besitz, nicht über das Recht an den Gütern, während er die Unrechtmässigkeit des beklagtischen Rechtstitels hätte beweisen müssen, wenn er als Kläger im Petitorium stände. So aber handelt es sich nur um Zutheilung der Gewere, die der Erzbischof denn nun auch erhält. Zugleich ist aber allerdings hiemit die Hauptsache entschieden und eine weitere Verhandlung unnöthig, weil der Beklagte seinen Angriff auf die Gewere des Gegners anticipiert hat, aber damit verunglückt ist.

2. Zweifelhafter Besitzstand.

Bei zweifelhaftem Besitzstand, wo beide Parteien in der Gewere sich zu befinden behaupten, treffen wir in gleicher Weise Vorverhandlungen über die Besitzfrage. Dieselben erstrecken sich in erster Linie auf die Untersuchung der Frage, ob von beiden Parteien der Besitz wirklich geübt, d. h. die Nutzung des Guts gezogen worden sei. Ergiebt sich, dass nur Eine Partei dies für sich nachweisen kann, so wird ihr die Gewere zugetheilt; können aber beide Parteien solche Nutzung aufweisen, so entscheidet für Zuerkennung der Gewere der ältere Besitz, weil dann der neuere vorläufig als ein auf Eigenmacht beruhender erscheint. Für den ersten Fall (wo nur eine Partei wirkliche Besitzausübung beweist und daher die Gewere zugetheilt erhält) haben wir ein brillantes Beispiel bei

Muratori, Ant. It. I, 973 = Zacharia, coll. p. 339 (a°. 806). Vor königlichem Gericht zu Pistoja klagt Gisilari als Procurator des königlichen Fiscus gegen das Kloster St. Bartholomäus zu Pistoja wegen unrechtmässiger Besitzstörung. Dass der Besitzstand streitig ist, deutet schon die statt der gewöhnlichen Formel (malo ordine detines) in Frageform gefasste Klage an: pro quod abes res qui fuit quondam Ratperti, quem a parte curtis domni regis pertinere debent. Das Kloster wendet ein, es habe rechtmässigen Besitz, weil laut Briefen, die es hiemit vorlege, der frühere unbestrittene Inhaber Ratpert ihm die Güter tradiert habe. Der Kläger repliciert, er könne beweisen, quomodo pars curtis domni regis de casis et res quondam Ratperti investita fuit. Für den Beweis dieses Besitzes wird nun Tagfahrt anberaumt, und Gisilari bringt auf den bestimmten Tag Zeugen, welche erklären: scimus de casa et res illa, quia exinde fuit parte curte domni regis investita, et homines curtis domni regis inibi intus erant, et Austroalda (Ratperts Tochter) a parte domni regis servitium faciebat, et quod hoc scimus, sunt annos quinque et amplius. Auf Grund dieser Zeugenaussage, wonach der königliche Fiscus das Gut mit seinen Leuten besetzt hat und vermittelst des servitium der Austroalda in „Nutz und Gelde", also in der Gewere des Guts sich befindet, erklärt das Gericht: fecimus secundum testimonium pars curtis regiae investire, ita ut post revestitura adhuc exinde judicium haberent (d. h. nach Richtst. 26: wir theilen dem Fiscus die Gewere, so dass er nun für das Weitere Antwortender ist). Damit ist die Besitzfrage erledigt und der Fiscus als Beklagter anerkannt. Jetzt erhebt der Abt des Klosters seinerseits Klage gegen Gisilari auf Herausgabe der Güter, unter Berufung auf die schon im Besitzverfahren beige-

brachten, jetzt neuerdings vorgelegten Briefe, wonach Ratpert die Besitzungen dem Kloster tradiert habe. Gisilari antwortet: Diese Briefe schaden uns nichts, quia ego jam consignavi, quomodo exinde pars domni regis investita fuit, et pro ipsa revestitura eas casas et res a parte domni regis avere volemus. Zu deutsch: ich habe diesen Briefen gegenüber schon den Beweis geführt, dass der königliche Fiscus im Besitz war, und auf Grund meines Besitzes will ich mein Recht behaupten. Das Gericht ist aber nicht dieser Meinung; der Besitz dispensiert nicht von dem Beweise des Rechtstitels, wenn derselbe, wie hier, durch den klägerischerseits aufgestellten Erwerbsgrund angegriffen ist; das Gericht führt dies dem Gisilari zu Gemüthe durch die Frage, si potuisset aut per scripti aut per testibus facere talem consignationem, quomodo casas et res ipse quondam Ratpert a parte regis dedisset, per quem eas parte regis legibus avere debeat, sowie: quomodo Ratpertus non fuisset potestativus in monasterio S. Bartholomei de re sua nullo modo facere. Also: beweise den Rechtstitel für deinen Besitz durch Nachweis einer Veräusserung Seitens Ratperts an dich, vermöge welcher Ratpert nicht mehr berechtigt war an das Kloster zu veräussern. Gisilari erklärt hiefür keinen Beweis zu haben, daher dem Kloster auf Grund seiner Briefe die Güter zugesprochen werden.

Dieses durch seine Ausführlichkeit der Darstellung werthvolle Beispiel einer Trennung von possessorium und petitorium zeigt uns auch, wie leicht bei weniger sorgfältiger Processleitung die Grenze zwischen beiden in der oben angegebenen und an Baluz. No. 16 nachgewiesenen Weise verwischt wurde. Ein weniger gewandtes Gerichtspersonal hätte sofort auf Beweis der beklagterseits behaupteten Tradition erkannt, und der Kläger hätte dann auch sogleich den Streit über die Rechtsfrage aufnehmen müssen. Der Erfolg wäre auch so der gleiche

gewesen. Nimmt man dazu, dass eben darum diese gesonderte Verhandlung von Besitz- und Rechtsfrage nur als eine unnöthige Verlängerung des Processes erscheinen konnte, so begreift man, dass zumal diesseits der Alpen, wo der Gerichtsschreiber nicht mit der Geschicklichkeit operierte, welche dem die Streitfrage klar formulierenden Notarius der langobardischen Praxis eigen war, die Grenze zwischen possessorium und petitorium nicht respectiert wurde.

Man vergleiche, zugleich als Beleg für den Vorzug des ältern Besitzes bei Besitzhandlungen auf beiden Seiten, in erster Linie die Stelle der lex Baiw. XVII, 2:

> Si autem suum voluerit vindicare illum agrum aut pratum vel exartum vel unde illa contentio est, taliter vindicet. Juret cum sex sacramentales et dicat: ut ego in tua opera priore non invasi contra legem, nec cum sex solidis componere debeo nec exire, quia mea opera et labor prior hic est quam tuus. Tunc dicat ille qui quaerit: Ego habeo testes, qui hoc sciunt quod labores de isto agro semper ego tuli nemine contradicente, exaravi, mundavi, possessi usque hodie, et pater meus reliquid mihi in possessione sua.

Wie die letzten Worte andeuten und der Fortgang der Stelle zeigt, sind Besitz- und Rechtsfrage nicht getrennt; eine übereinstimmende Behandlung stellt dar die Urkunde von 855 bei Meichelbeck, No. 702:

> Es ist zwischen dem Bischof Anno von Freising und dem Bischof Odalschalk von Trient zu einem Processe über Weinberge zu Bozen gekommen. Nach der (Freisinger) Darstellung des Sachverhalts hatte der Tridentiner Bischof den Besitz turbiert (invasionem fecit injuste) und die Sache kam im königlichen Gericht zur Verhandlung. Dass beide Parteien im Besitz zu sein behaupteten und beiderseits Besitzhandlungen darthun konnten, ist nicht ausdrücklich gesagt, scheint mir aber aus der Antwort hervorzugehen, welche auf

die Anfrage des Königs an die Urtheiler, quid legis fuisset, ertheilt wird, nämlich: qui vestituram prius haberet inter duo regalia, testes exhibere, si triginta annorum etate subjectae essent vineae ad domum S. Marie, numquam mutaretur; sin autem, ad locum Trientarum revertissent. Das zeigt wohl, dass beide Parteien Zutheilung der Gewere gewünscht hatten, und die Freisinger Kirche sodann, um als ältere Besitzerinn anerkannt zu werden, schon seit dreissig Jahren in der Gewere zu sein behauptet hatte. Da nun dreissigjähriger Besitz nicht blos zur Erlangung der Gewere, sondern auch zur Anerkennung des Rechts genügte, so wurde gleich diese Thatsache zum Beweise verstellt, der Bischof Anno brachte Zeugen, welche aussagten: hoc scimus veraciter, quod ipse vineae in vestitura domus S. Mariae triginta annos sine malo et injuria ullius hominis permansit, worauf der definitive Spruch ergeht: aevis temporibus ad domum S. Mariae eas persistere.

Schliesslich sei hier noch ein Beleg für den Vorzug der älteren Gewere bei Besitzstreitigkeiten angeführt, der darum merkwürdig und wichtig ist, weil hier nicht zweifelhafter Besitzstand, sondern Dejection vorliegt und auch bei solcher der ältere Besitz schon bedeutungsvoll verwendet wird.

Baluz. No. 102. Papst Johann VIII. schreibt 876 an Adalgar, Bischof von Autun: Constat villam Tilionacum proprietatis jure Sancti fuisse quondam Leodegarii Augustidunensis episcopi, et ab eo Sancto collatam Nazario; post vero cum a pravis hominibus longo tempore fuisset retenta, Karolus imperator, cum eam ad jus ecclesiae Augustidunensis pertinuisse legitime cognovisset, et possessam primo ab ea et postea pervasam a violentis hominibus liquido didicisset, hanc praecepto suae auctoritatis episcopio reddidit.

Wichtig ist mir diese Stelle darum, weil darin schon die Tendenz durchschimmert, die im spätern Mittelalter Italien beherrscht, die Tendenz, dass der Kläger auch bei behaupteter Dejection nicht diese selbst, sondern nur den ältern Besitz zu beweisen brauche. Der Gegner musste dann diesem frühern Besitz gegenüber einen rechtmässigen seitherigen Erwerb darthun können, um für den Process in der Gewere zu bleiben; vermochte er das nicht, so musste er sich gefallen lassen, dass die Gewere auf Grund des ältern Besitzes dem Gegner zugetheilt werde, womit aber freilich ihm nicht benommen war, nun zu Gunsten seines Rechts an der Sache freien Gebrauch von allen ihm zustehenden Angriffs- und Beweismitteln zu machen.

Fassen wir nun das Endergebniss zusammen.

Das altdeutsche Recht kennt keinen Schutz, den es dem Besitz um seiner selbst willen [1]) angedeihen liesse. Dass man schon die Störung oder Entziehung des blosen Besitzes ohne Rücksicht auf das dahinter stehende Recht als unverträglich mit der Rechtsordnung ansieht und aufhebt, liegt dem deutschen Recht fern. Es kennt blos einen Besitzschutz, soweit solcher nothwendig ist, um der im Besitz gestörten Partei, gleichviel ob sie noch im Besitz oder desselben entsetzt ist, die Beklagtenrolle im Process über das Gut zu bewahren. Da aber diesem Zwecke schon völlig genügt wird durch eine vom Richter ausgesprochene Zutheilung der Gewere ohne wirkliche Besitzeinweisung, so ist auch keine Veranlassung zu markierter Trennung von possessorium und petitorium, viel-

[1]) Wenn ich hier und im Folgenden von Schutz des Besitzes um seiner selbst willen rede, so wünschte ich das nur als einen der Kürze wegen gebrauchten Ausdruck für den Gedanken betrachtet zu sehen, dass die zum Besitzschutz gegebenen Rechtsmittel von der Eigenthumsfrage unabhängig sind, der Besitz gegenüber dem Eigenthum practisch und dogmatisch selbständig (Ihering, Beiträge S. 45), das possessorium ein für sich bestehendes, nicht durch ein petitorium bedingtes Verfahren ist. Auf die philosophische Begründung des Besitzschutzes dagegen und die hierüber bestehenden Controversen (vergl. Ihering, Beiträge, S. 5 ff.) hat also dieser Ausdruck hier keinerlei Bezug.

mehr erscheint ersteres blos als Bestandtheil des einen und untheilbaren Processes, und zwar als Bestandtheil, der nicht einmal nothwendig zum voraus und zuerst erledigt zu werden braucht, sondern dessen Erledigung vielleicht durch Untersuchung des materiellen Rechts zurückgestellt oder selbst überflüssig gemacht wird. Es vermischt sich schon mit der Frage über Zutheilung der Gewere die Rechtsfrage. In diesem Sinn mag man das berühmt gewordene, überall citierte Wort Homeyers (Sachsensp. II, 2, S. 407) anwenden, „dass man die Behauptungen der Parteien gegen einander abwäge und hiernach den Beweis ertheile, der Besitz und Recht zugleich umfasse". Wie das zu verstehen ist, haben wir den mitgetheilten Fällen entnommen: nicht der Besitz entscheidet auch nur in minimster Weise über das Recht, sondern der Entscheid über das Recht schliesst den Entscheid über den Besitz oft in sich, indem er den letztern nicht mehr nöthig erscheinen lässt.

Und nun kehren wir auch hier wieder zu der Vergleichung mit dem römischen Recht zurück. Wie wir für beide Rechte schon im § 3 bei Betrachtung des Begriffs der Gewere dieselben Ausgangspuncte anzunehmen uns veranlasst fanden, so dürfte sich hier, hinsichtlich der Frage des Besitzschutzes, vielleicht ein ähnliches Resultat ergeben. Denn bedenken wir wohl, wir dürfen nicht das classische römische Recht mit seinem Interdictensystem zur Vergleichung heranziehen, sondern das unsrer fränkischen Periode etwa entsprechende des Zwölftafelgesetzes. Und für diese Zeit möchte zu vermuthen sein, dass von Besitzschutz noch kaum eine Rede war; der einzige Fall, wo der Besitz als Gegenstand richterlicher Entscheidung uns bekannt ist, die Vindicienertheilung im Sacramentsprocess, trägt noch wie bei den Deutschen durchaus den Character einer Vorfrage des Eigenthumsprocesses. Erst allmählich hat sich unter der Pflege des prätorischen Rechts ein eigentlicher Besitzschutz herausgebildet, und zwar in der doppelten Gestalt einer Hilfe zur Erhaltung und zur Wiedergewinnung des Besitzstands. Und vermögen wir nicht auch gerade in Bezug auf letztern

Punkt eine auffallende Analogie zwischen römischem und deutschem Recht zu bemerken? Das deutsche Recht lässt, wie wir sahen, die Gewere des Dejicierten nicht untergehen; auch im römischen Recht war diese Anschauung einst vertreten und noch in classischer Zeit (l. 3, § 5, de poss.) wird der Ansicht des Trebatius gedacht, dass auch der mit Unrecht des Besitzes Entsetzte noch als juristischer Besitzer neben dem wirklichen müsse anerkannt werden; es finden sich von dieser zwar verworfenen, oder doch jedesfalls später unsicher gewordenen und bekämpften Meinung noch Reste in den Digesten, so vor Allem l. 3, pr. Uti poss. l. 17, pr. de possess., Reste, welche bis auf den heutigen Tag die Controverse unterhalten, ob im interdictum uti possidetis der Beklagte auch ohne Beweis eigenen Besitzes schon vermöge des Nachweises der Fehlerhaftigkeit des klägerischen Besitzes siege, und ob andrerseits der nichtbesitzende Kläger durch Beweis fehlerhaften Besitzes des Beklagten obsiege (die Literatur bei Windscheid, Pandecten, § 159, Note 10, vergl. bes. Bruns, Jahrbuch des gem. D. R. IV, S. 44). Sollte nicht diese Meinung des Trebatius, welche den Schwerpunct des interdictum unde vi im Grunde ausserhalb des eigentlichen Besitzrechts gelegt hätte, indem ein des Besitzes Entsetzter sich als immer noch besitzend des interdictum uti possidetis gegenüber dem de facto besitzenden Dejicienten hätte bedienen können, und zum interdictum unde vi nur hätte greifen müssen gegen den nicht mehr besitzenden Dejicienten behufs Erlangung von Schadenersatz [1]), sollte nicht diese Meinung ursprünglich dem Rechtsleben entsprochen haben, und führt uns das Alles in Verbindung mit der alten Nachricht von dem Ursprung der interdicta retinendae possessionis als eines Mittels zur Einleitung des Eigenthumsprocesses (Gai. IV, 148) nicht auf durchweg gleiche Ausgangspuncte mit dem deutschen Recht

[1]) Zumal da im ältern Recht, welches dem Dejicienten die Einrede der Besitzfehler eingeräumt hatte, das interd. Unde Vi für den Kläger des Hauptvortheils entbehrte, den es später vor dem interd. Uti Possidetis voraus hatte.

zurück? Ich wage es als starke Wahrscheinlichkeit zu bezeichnen, dass Rom wie Deutschland in ihrer frühern Rechtsentwicklung gleichmässig folgenden Sätzen gehuldigt haben: einen Schutz des Besitzes um seiner selbst willen giebt es nicht; aber wenn es in Folge einer Besitzstörung oder Besitzentsetzung zum Processe über die betreffende Sache kommt, so mag behufs Feststellung der Parteirollen eine Vorverhandlung über die Frage stattfinden, wer Besitzer und dadurch Beklagter sei, und als Besitzer ist auch der anzuerkennen, welcher durch Dejection die Sache verloren hat. — Das deutsche Recht hat, wie wir im folgenden Buche sehen werden, diese Grundsätze beibehalten, das römische ist darüber hinausgewachsen. Das Verdienst gebührt dem Prätor. Er hat im Edict ein Verbot der Besitzstörung erlassen, das ist der erste Athemzug des neugeborenen Schutzes der possessio um ihrer selbst willen. Die Trennung der interdicta retin. und recup. poss. war damit nicht nothwendig gegeben, noch konnte man auch den Dejicierten, weil ihm der juristische Besitz blieb, als bloss im Besitz gestört behandeln. Erst im Verlaufe, je mehr die Praxis auf Grund des Edicts sich ausbildete, und der Schutz des Besitzes gegenüber der blosen Regulierung des Besitzstandes zur Vorbereitung der Vindication als Hauptzweck sich hervorthat, mochte man aus dem einen Interdict die zwei Hauptarten entwickeln, und mit der Anerkennung der interdicta recuperandae possessionis war auch der alten zuletzt noch von Trebatius vertretenen Meinung der Krieg erklärt.

So können wir sagen: römisches und deutsches Recht stehen in einer frühern Phase ihrer Entwicklung auf dem Boden, dass sie nur ein interdictum retinendae possessionis, und auch dieses nur als Vorverfahren des Eigenthumsstreites kennen. Das deutsche Recht ist dabei stehen geblieben und hat daher keines interdictum unde vi bedurft; das römische Recht ist darüber hinausgeschritten zu selbständigem Besitzesschutze und hat daher als consequente Entwicklung dieses Fortschritts die interdicta recuperandae possessionis ausgebildet.

Zweites Buch.

Das deutsche Mittelalter.

§ 6. Vorbemerkung.

„Dass ein Volk eine Besitzlehre sich selbst erst neu schaffe, dazu gehört immer schon ein ziemlich hoher Grad von rechtsbildender Kraft," erklärt Bruns, Recht des Besitzes S. 93. Je weniger Grund ich habe, dieser Behauptung zu widerstreiten, desto bestimmter kann ich unter Hinweisung auf die Darstellung des deutschen Besitzrechts in fränkischer Zeit die Ansicht aussprechen, dass wenn die Besitztheorie ein Prüfstein und Massstab für die rechtsbildende Kraft eines Volkes ist, das germanische Leben in hohem Grade mit solcher ist durchdrungen und begabt gewesen. Wir haben eine der römischen Feststellung eines juristischen Besitzbegriffes ebenbürtige Gestaltung des Gewerebegriffes kennen gelernt; so gut als die possessio der Römer als Rechtsverhältniss ist gefasst worden gegenüber dem, jeder Beziehung zum Recht ursprünglich fremden, in possessione esse oder naturaliter tenere, so gut ist schon die Gewere der fränkischen Zeit nicht mehr der unjuristische Begriff des thatsächlichen Innehabens, sondern der juristische Begriff eines vom Recht angenommenen und anerkannten Besitzes. Das ist doch der entscheidende Schritt für eine Besitztheorie, und wenn daneben der Schutz des Besitzes noch in den allerersten Anfängen und dürftigsten Versuchen befangen bleibt, so möchte auch hierin der Abstand von dem ältern römischen Recht nicht fühlbar sein. Man glaubt nun erwarten zu dürfen, dass in der Periode der Rechtsbücher

eine reiche Entwicklung, eine fruchtbare Entfaltung dieser starken Keime stattfinden werde. Und allerdings bieten die überreich sprudelnden Quellen dieser Zeit eine Fülle von Material, aus dem sich das schon für die fränkische Periode gewonnene Bild nach allen Seiten ergänzt und die allgemeinen Umrisse sich mit Detail füllen. Aber auch nur das; nur eine reichere Gestaltung des Einzelnen, vergleichbar der Ausführung einer Handzeichnung in einem farbenvollen Gemälde, hat das deutsche Mittelalter zu Stande gebracht, eine wirkliche Ausgestaltung und Weiterentwicklung zu neuen Gedanken ist nicht einmal versucht worden, und es bestätigt sich auch auf diesem Gebiete, was für die deutsche Rechtsentwicklung überhaupt wahrzunehmen ist, dass die Ueberantwortung der Rechtsbildung an enge Rechtskreise nur da wirklichen Fortschritt möglich gemacht hat, wo die socialen und wirthschaftlichen Verhältnisse des betreffenden Rechtskreises den Anstoss und die fortwährende Nöthigung dazu gegeben haben, nicht aber in allen den Fällen, wo der characteristische Geist des Land-, Stadt-, Lehn- oder Hofrechts nicht zum Ausdruck gelangte, also in allen mehr allgemeinen Grundsätzen und Lehren, die in den engen Verhältnissen der beschränkten Rechtskreise ohne Nahrung blieben, verkümmerten und zu Grunde giengen. Gerade an der Gewere können wir diese allmählige Verkümmerung verfolgen. Das älteste Rechtsbuch, der Sachsenspiegel, steht wenigstens in seinem lehnrechtlichen Bestandtheile (denn für das Landrecht kann ich es nicht so sehr finden) durchweg unter dem Bewusstsein einer Besitztheorie und der Auffassung des Besitzes als eines systematisch gestaltbaren Rechtsverhältnisses; in den spätern Quellen (höchstens den an den Ssp. sich eng anschliessenden Richtsteig ausgenommen) geht dieses Bewusstsein mehr und mehr verloren, und ein auffallendes Beispiel für dieses Sinken des juristischen Geschicks und Gefühls gerade mit Hinsicht auf die Gewere bietet das schwäbische Lehnrecht, das vielfach die klaren Sätze des sächsischen Lehnrechts über die Gewere auf die

unklarste Weise verunstaltet[1]; so verliert die Gewere in den spätern namentlich süddeutschen Quellen Schritt vor Schritt ihren prägnant juristischen Character und wird im Laufe des Mittelalters wieder hinuntergeworfen auf einen juristisch nicht bestimmt formulierten Begriff. Wenn irgendwo, so zeigt sich an diesem Institut die hohe Bildungsfähigkeit, die das deutsche Recht von Anfang an in sich trug, und die völlige Verwahrlosung, der es im Mittelalter zum Opfer fiel. Wer vermag zu sagen, wie weit es zu einer Reception des fremden Rechts gekommen wäre, wenn geschickte Hände die wunderbaren Keime des altdeutschen Rechts zum Treiben und Blühen und Früchtereifen gebracht hätten!

Aus dieser Sachlage ergab sich mir ein Verhalten gegenüber den Quellen, das ich hier für gerechtfertigt, ja für nothwendig ansehe, während es in Bezug auf Rechtsinstitute, welche gerade in Folge particulärer Bedürfnisse in den verschiedenen Quellen reich und mannigfach ausgestaltet sind, unstatthaft wäre. Im ehelichen Güterrechte z. B. ist jede auch noch so entlegene und auf enges Gebiet begrenzte Rechtsquelle heranzuziehen, weil sie vielleicht gerade einen anderwärts nicht zur Entfaltung gebrachten Grundgedanken nach einer bestimmten Richtung ausgebildet hat und dadurch ein Licht auf die gemeinsamen ursprünglichen Grundlagen wirft. Unser Thema, der Besitz, ist nicht in diesem Falle; es ist mir keine Rechtsquelle weder aus der Gruppe der Rechtsbücher noch aus derjenigen der sonstigen Rechtsaufzeichnungen bekannt, welche sich ex professo mit der Gewere befasst, d. h. die über Besitz geltenden Rechtssätze mit Bewusstsein und mit besonders darauf gerichtetem Blicke logisch darstellt, so wie sie die Grundsätze etwa über Eigenthumserwerb, Retractrecht, Kauf, eheliches Güterrecht, Vormundschaft, Erbrecht zusammenfassen und mehr oder weniger systematisch

[1]) Man vergleiche Ssp. Lehnr. 5 § 2 mit Schwsp. Lehnr. 10 b.
„ „ 38 § 1 „ „ „ 67 b.
„ „ 38 § 3 „ „ „ 68 a.

geordnet formulieren. Der Besitz und die Besitzlehre finden jeweilen nur eine gelegentliche Erwähnung, und wie es heute selbst dem Juristen, wenn er nicht gerade den Gegensatz von Recht und Besitz im Auge hat, begegnet, dass er vom Grundbesitz spricht, wo er doch Grundeigenthum meint, so ist auch den die mittelalterlichen Rechtsgewohnheiten Aufzeichnenden hie und da das Wort Gewere in die Feder gekommen, wo sie vielleicht einen andern Ausdruck an seine Stelle gesetzt hätten, wenn sie sofort darauf aufmerksam geworden wären, dass für die Besitzlehre, an die sie dabei gar nicht dachten, daraus könnten Consequenzen gezogen werden. Verlangt man nun schon von dem Romanisten nicht, dass er in einer Darstellung der römischen Besitzlehre auf jedes Digestenfragment, das von possessio spricht, speciell eingehe, so hat es noch weniger Sinn, diese Forderung an den Germanisten zu stellen und von ihm zu begehren, dass er in den Citaten das Mass überschreite, das zur Sicherstellung des Resultates nothwendig ist. Ausserdem aber wäre es geradezu gefehlt, von ihm ein Eintreten auf die zahllosen von der Gewere oft höchst beiläufig sprechenden vereinzelten Stellen der städtischen und landschaftlichen Rechtsaufzeichnungen zu verlangen, weil diese Quellen nicht nur des Sinnes und Verständnisses, sondern geradezu des Bewusstseins einer Besitztheorie durchweg ermangeln, und daher auch das, was sie über Gewere enthalten, theoretisch unfruchtbar und unverwerthbar ist. [1]) Eine Ausnahme hievon machen nur zwei bestimmte Classen von Rechtsquellen, nämlich die des sächsischen Land- und Lehn-

[1]) Insbesondre beruhen auch eine Menge von der Gewere handelnde Stellen selbst süddeutscher Quellen auf mechanischem Nachschreiben von Aussprüchen der sächsischen Rechtsbücher, welche indess nicht mehr recht verstanden wurden, daher die Nachahmung höchst ungeschickt und confus ausfiel. Hinsichtlich des Schwsp. s. oben S. 111 Note 1. Man vergleiche noch Ssp. II, 43, § 1 mit Bayr. Landr. 222. Ssp. II, 57 mit Bayr. Landr. 229 u. dgl. Sollten solche Quellen immer berücksichtigt werden, so würde die Darstellung darunter leiden, ohne dass für das Resultat irgend ein Gewinn erzielt würde.

rechts und die des Magdeburger Schöffenrechts. Nur sie bieten für die oben bezeichnete Ausfüllung des fränkischen Umrisses mit Detail ein noch mit systematischem Sinn behandeltes Material dar, obschon sie auch nicht dazu gelangt sind, der Besitztheorie eine selbständige Stellung zu geben. Aber sie brauchen doch den Ausdruck Gewere im Ganzen correct, und die Behauptung Gerbers (d. P.-R. § 73, Note 2): „die Rechtsbücher ringen vergebens nach einer bestimmten Rechtssprache, und das Wort Gewere ist ihnen eine bequeme Aushilfe", ist in ihrem zweiten Theil falsch, und in ihrem ersten nur so weit wahr, als das deutsche Recht für die verschiedenen Rechte an Sachen noch nicht wie das römische Recht abstracte Ausdrücke hat, sondern sich mit den concreten Ausdrücken Gut, Eigen, Lehn u. s. f. behilft. Am meisten nähert sich der Sachsenspiegel Lehnrechts einer wirklichen Besitztheorie, aber auch nicht, wie Gerber (Zeitschr. für Civilr. u. Pr. n. F. XI, S. 13) meint, darum, weil das lehnrechtliche Verhältniss sich recht eigentlich als ein Besitzrecht, nutzbarer Besitz, nutz und gewer, darstellt und es an einem technischen Ausdruck fehlte, welcher in einem Wort das Besitzrecht des Vasallen bezeichnete, sondern weil im Lehnrecht wirklich die reine Besitzfrage vielfach erheblich ist, wie in § 8 näher angedeutet wird. Aus diesen Gründen ist es zweckmässig und für eine reine und klare Darstellung der Geweretheorie sogar geboten, sich wesentlich an die zwei bezeichneten Quellenkreise zu halten.

Ueber die Anordnung meiner Darstellung genügt es zwei kurze Bemerkungen vorauszuschicken. Erstens: ich halte vollständig die Gewere an liegendem und an fahrendem Gut aus einander. Zweitens: unter das liegende Gut gehören nicht nur die eigentlichen Liegenschaften, der Grund und Boden, sondern auch die vielerlei Rechte und Gerechtsame, welche jederzeit im Mittelalter als immobiler Natur sind behandelt worden. Haben sich sogar die Römer zur Annahme eines Quasibesitzes an Rechten bequemt, so lag es dem deutschen

Rechte noch viel näher, an den dazu geeigneten, d. h. eine Nutzung gewährenden Rechten eine Gewere anzuerkennen. Was für die Gewere an Grundstücken gilt, trifft durchweg auch bei der Gewere an Rechten zu. Was darüber einer besondern Erwähnung werth geschienen hat, ist am Schlusse des ersten Abschnitts noch besonders hervorgehoben worden.

Erster Abschnitt.

Die Gewere an liegendem Gut.

Erstes Capitel.

Begriff der Gewere.

§ 7. Im Allgemeinen.

So gut als die Römer, auch nachdem sie längst dem Worte possessio eine bestimmt juristische Bedeutung gegeben hatten, nicht aufgehört haben denselben Ausdruck in seinem natürlichen, unjuristischen Sinne zu verwenden und daher auch von in possessione esse oder naturalis possessio sprechen, wo sie das factische Inhaben, das tenere von jeder juristischen Beziehung losgelöst bezeichnen wollen, ebenso reden die Deutschen von Gewere für jeden Besitz im Sinne von Detention: dem „in possessione esse" entspricht das „in geweren sin, de gewere hebben" der sächsischen Rechtsquellen[1]). Wo die Belege massenhaft vorhanden sind, bedarf es kaum der ausdrücklichen Erwähnung einzelner. Man vergleiche etwa

Ssp. II, 24, § 2: Dar vm ne mut man niemanne mit rechte sine gewere af getügen, j e n e m e d i e d e g e w e r e h e v e t, etc.

Ssp. Lehnr. 11 § 1 i. f. al darve he der gewere.

[1]) Eine vom juristischen Begriffe des Besitzes noch abgelegenere Bedeutung haben die römische possessio und die deutsche gewere auch gemeinsam, nämlich die von Besitzung, Haus und Hof, eine Bedeutung, die für uns hier ganz ohne Interesse und Werth ist.

ibid. 22, § 4: Svar dem manne sin gut mit gewalt genomen wert, die sal sine klage jarlikes vernien, durch dat he der gewere darvet.

ibid. 62, § 1: went ime sin herre al sin gut in sine gewere bevolen hevet.

Magdeb. Fragen, I, 12, 5.

Verm. Ssp. I, 46, 9.

Uns beschäftigt nur die Gewere als das vom Recht als vorhanden angenommene Besitzen und für sich haben Wollen, die Analogie des juristischen Besitzes der Romanisten. Die classischen Definitionen der Gewere als des germanistischen juristischen Besitzes geben

Ssp. Lehnr. 14, § 1: Svie so it (dat gut) in nut unde in gelde hevet unde den tins dar ut nimt, die hevet die gewere daran.

Richtst. Landr. 26, § 6: So vrag we an deme gude tu rechte were hebbe. So vintme, de it in nut unde in gelde hebbe.

Richtst. Lehnr. 29, § 2: So vrage, we dar denne de rechte were an hebbe. So vindme, de den tins dar ut boret.

Blume v. Magdeburg, I, 167: Dig heist eing gutis gewere, wer in seynir besiczunge hot und in nutge und in gelde.

Es ist merkwürdig, wie man diese Stellen dahin missverstehen konnte, die Gewere „gebe das Recht auf den Besitz und die Nutzungen" (Stobbe, 452). Nein, nichts anders wollen diese Stellen als für die Fälle, wo es zweifelhaft ist auf wessen Seite der Besitz anzunehmen sei, das Kennzeichen des Besitzes angeben: auf welcher Seite die Nutzung des Guts ist, da liegt die Gewere[1]). So wenig entspringt aus der Gewere die Nutzung, dass vielmehr nur durch die Nutzung eine Gewere entsteht. Wie klar ist das ausgesprochen in

[1]) Richtig v. Bar, S. 172, Note 317.

Schwsp. 22 (Dsp. 25): so setze her im einen zins darus, damit hat er di gewer,

d. h. die Gewere wird erworben durch die Zinsbestellung. Darum wird auch das Dasein der Gewere bewiesen nicht durch das, was möglicherweise aus ihr entspringt, sondern durch das, was Voraussetzung der Gewere ist und sie erzeugt: die Nutzung.

Richtst. Lehnr. 20, § 3: Were't ok dat de manne spreken, se hedden't sulven in geweren, so scolen se bidden enes ordels, wo se dat bewisen scolen. So vindme, med oreme ede dat se dat nemende antworden, unde med den ummesaten, dat se dat sulven upboren.

Darum ist, wenn es von einem heisst, dass er gut hebbe und nutte (Richtst. Lehnr. 12, § 1), damit gesagt, er habe die Gewere, und in Richtst. Lehnr. 26, § 8 ist in geweren hebben und upboren identisch. Darum die so unendlich oft gebrauchte und beliebte Tautologie nutz und gewer zumal in süddeutschen Rechtsquellen, darum endlich die Ersetzung des Wortes Gewere durch Nutzungsbezug z. B. in

kleines Kaiserr. II, 36: er sal es im also geben, das er den nutz von dem gute neme, d. h. er soll es ihm in seine Gewer antworten.

kl. Kaiserr. II, 112: und hab in iar und tag genumen des gutes nus, d. h. habe Jahr und Tag die Gewere gehabt.

Damit steht auch der bekannte lehnrechtliche Satz in Verbindung: Lehn ohne Gewer ist nicht Lehn (Schwsp. Lehnr. 96), dem man völlig gerecht wird, wenn man dem Ausdrucke Gewer das Wort Nutzung substituiert. Denn das Lehnsverhältniss beruht auf der Einräumung einer Nutzung an den Lehnsmann, welcher die Lehnsdienstpflicht gegenübersteht; daher giebt es ohne Nutzung, d. h. Gewere am Gut, kein Lehn. Daraus erklärt sich der Werth, den die lehnrechtlichen Quellen auf die Gewere legen; der Gedingsmann, der noch keine Gewere am Gut hat, steht noch in keinem

Lehnsverhältniss und daher wird auch das Gedinge noch so leicht gebrochen, wie ja auch der Gedingsmann dem Gut nicht an einen neuen Herrn folgt, denn al len ane gewere darvet der volge (Ssp. Lehnr. 11, § 1, 2; 59 § 3, Schwsp. Lehnr. 106a. Richtst. Lehnr. 23, § 3; man vergleiche die Anwendung dieses Satzes in einem Rechtsfalle bei Wasserschleben S. 129). Wie alle diese Stellen nur Ausdruck des Gedankens sind, dass erst durch die Nutzung, die Gewere, das Lehnsverhältniss zur Erscheinung und Verwirklichung kommt (vergl. Homeyer, II, 2, 402), somit Voraussetzung jedes Lehnsverhältnisses Einräumung eines nutzbaren Gegenstandes an den Lehnsmann ist (Homeyer, II, 2, 283 ff. und unten § 21), so ist auch Consequenz davon

> Schwsp. Lehnr. 99: Kamerlehen ist nit recht lehen, ... da hat der man dehain gewer an; ez ist niht reht lehen wan da der man gewer an hat.

Wir werden diesem Punct noch einmal in § 21 begegnen. Hier war er nur zu berühren behufs der Darlegung des engen Zusammenhangs zwischen Nutzung und Gewere. Nach allem dem ist nun die Definition der Gewere als des juristischen Besitzes des deutschen Rechts nicht zweifelhaft:

Gewere ist der auf Nutzung des Guts beruhende und (dürfen wir hinzufügen) eben darum mit dem Willen, die Sache zu dem dieser Nutzung entsprechenden Rechte für sich zu haben, ausgeübte Besitz.

Darum hat keine Gewere, trotzdem dass er in Detention ist, wer keine Nutzung bezieht, weil einem solchen jeglicher rechtliche animus rem sibi habendi abgeht; also z. B. der Verwalter eines Guts, der allen Ertrag dem Herrn abliefert, und so, indem er jeglicher Nutzung darbt, auch nicht den zum juristischen Besitz nöthigen animus hat.

> Ssp. Lehnr. 62, § 1: Nieman ne mach sime herren gut mit der gewere untvören des ammechtman he is, of he't eme to lene seget, went ime sin herre al sin gut in sine gewere bevolen hevet.

D. h. der Amtmann kann nicht an einem Gute, das ihm der Herr in seine Detention gegeben hat, Lehnrecht in Anspruch nehmen und auf die Gewere gestützt ihm abgewinnen (entführen), sondern der Herr geht vor im Beweise, dass er ihm das Gut nur zur Verwaltung überantwortet hat (§ 16 a. E.). Keine Gewere hat weiter der Lehnsvormund, denn er ist nur Vertreter der Frauensperson im Lehnsdienst und hat selber keine Nutzung am Gut;[1]) das rechtliche Verhältniss ist das, dass der Lehnsvormund zwar auch beliehen wird, aber nur mit der Frauensperson zugleich und nur zu dem Zweck, dat he sie an deme gude vorsta (Ssp. Lehnr. 56, § 1), nicht aber so, dass er die Gewere erhält, und da Lehn ohne Gewere kein Lehn ist, so fällt seine Belehnung mit dem Tode der Frauensperson dahin (Ssp. Lehnr. 56, § 2). Dieses Verhältniss bezeichnet Ssp. Lehnr. 56, § 5 durch die Worte: durch dat sie beide en vulle lenrecht an deme gude hebbet mit samender hant untvangen; he hevet die lenunge unde den herschilt, unde sie hevet die selve lenunge unde die gewere; wird darum Ssp. Lehnr. 56, § 1 gesagt, der Vormund habe die Gewere von der Frau wegen, so will das nichts anders bedeuten als wie 62, § 1 gesagt ist, der Verwalter habe die Gewere vom Herrn, d. h. er übe die Gewere des Herrn aus, und dass der Lehnsvormund selber, kraft eigenen Rechts, keine Gewere hat, sagt deutlich Ssp. Lehnr. 56, § 4: Let aber he't sie ne verlüset dar mede nicht, durch dat sie (die Frau) in den geweren sit. Ebenda 75, § 1: Hevet it aver die man to der vrowen hant untvangen unde anderes nicht, na der vrowen dode ne hevet he dar nicht rechtes an; § 2: (der man) hevet ein vul lenrecht an deme gude to liene unde to latene mit der vrowen willen, durch dat sie in den geweren sit. Dies gilt von der Lehnsvormundschaft über unverheiratete Frauenspersonen; etwas anders gestaltet sich die Sache bei verheirateten in Folge der Ehevogtei; wir werden

[1]) Vergl. Kleines Kaiserrecht, II, 32: vormunde an eren nutz.

auf diesen Punct bei Besprechung der sog. Gewere zu rechter Vormundschaft zurückkommen.

In den Stadtrechten endlich wird dem Miether einer Wohnung folgerichtig keine Gewere zuerkannt [1]), weil er das Haus nicht in nut und gelde hat.

> Brünner Schöffenb. 284: Emphiteosis differt a locatione . . . quia iste (emphiteota) possidet naturaliter sicut fructuarius, sed conductor non (über die naturalis possessio als Bezeichnung der Gewere des Vasallen und Erbzinsmanns siehe § 24; eine noch stärkere Anlehnung an das römische Recht Brünner Schöffenbuch 340. In Bezug auf den Besitz des Erbzinsmanns dagegen vergl. noch ibid. 366).

Die Nutzung an einem Gut ist nun nach mittelalterlichem Recht allerdings nicht getrennt von einem dinglichen Recht an der Sache gedacht, eine Folge der dinglichen Gestaltung aller Nutzungsrechte. Schon im § 3 wurde darauf aufmerksam gemacht, dass während die Römer beim Begriff des Eigenthumsbesitzes stehen geblieben sind (mit wenigen Ausnahmen beim Pfandgläubiger, Precaristen, Sequester), die Deutschen den Besitz zu einem jus in re-Besitz gemacht haben. Desswegen wäre es aber doch verkehrt, die Gewere selbst als die Grundlage des Rechts an der Sache zu erklären; so wenig als bei den Römern die possessio Anspruch auf Schutz des Eigenthums gab, d. h. die possessio der Grund der vindicatio war, so wenig sind im deutschen Recht die dinglichen Rechte von der Gewere abhängig. Vielmehr, wie im römischen Recht nur eine solche possessio als juristischer Besitz anerkannt ist, die sich als Eigenthumsbesitz, durch sog. animus domini, manifestiert, gleichviel ob Eigenthum wirklich dahinter steht oder nicht, so ist im deutschen Recht eine Gewere nur möglich, sofern sie sich als Ausübung eines ding-

[1]) Dasselbe sagt Gosen, das Privatrecht des kl. Kaiserrechts, S. 59. Nur freilich vermag ich diesen Satz in der von ihm dafür angeführten Stelle des kl. Kaiserr. II, 99 nicht zu finden.

lichen Rechts documentiert, mag ein solches Recht in Wirklichkeit vorhanden sein oder nicht; und wie im römischen Recht der Nichtbesitzer gegen den Besitzer siegt, wenn er sein Recht an der Sache nachweist, so gewinnt im deutschen der Berechtigte, der keine Gewere hat, dem Besitzer die Sache ab. Damit ist auch von selbst gegeben, dass keineswegs mit einem dinglichen Recht von selbst und nothwendig eine Gewere verbunden ist; man kann ein unbestreitbares dingliches Recht an einer Sache haben und doch der Gewere an derselben darben; dies findet in allen den Fällen statt, wo der dinglich Berechtigte keine Nutzung aus der Sache zieht; so hat der Eigenthümer eines zu Satzung gegebenen Grundstücks während der Dauer des Pfandrechts und der daraus folgenden Bewirthschaftung des Pfandgläubigers zu eigenem Interesse, keine Gewere, so schliesst der Besitz und der Genuss des Leibzuchtsguts durch die Witwe die Erben des verstorbenen Mannes von der Gewere aus, obschon ihr Eigenthum unbestritten ist.

Aus dem Gesagten folgt mit Nothwendigkeit, dass das deutsche Recht eine Ausübung des Besitzes durch Stellvertreter kennt. Der Verwalter, der Lehnsvormund sind nichts anderes als Stellvertreter im Besitz, denn der eigentliche Besitzer ist der, welcher dem Amtmann das Gut befohlen hat, oder die Frauensperson, von denen es ja heisst, dass sie in Geweren seien. Auch hier wie im römischen Recht ist Voraussetzung, dass der Stellvertreter des Willens ist, die Sache nicht für sich, sondern für den Vertretenen zu haben. Hört daher dieser Wille bei dem Amtmann auf, behauptet dieser in eigenem Namen eine Gewere zu haben, so muss ihm sie der Herr abgewinnen, und zwar durch Nachweis der Uebergabe in blose Verwaltung, wogegen der Beklagte allerdings den Beweis der Uebergabe zu einem die Gewere für ihn begründenden Recht mit drei Augen- und Ohrenzeugen führen kann. Näheres über diesen Punct in § 16, vorläufig sei hier verwiesen auf

Ssp. Lehnr. 62, § 2: Liet aver ime die herre gut, des he ime sint nicht bekant, dat mut he getügen alse jene die der gewere darvet, mit den die't sagen unde horden.

D. h. wenn gegen einen, der sich an einem Gute Lehnrecht zuschreibt, der Herr auf Herausgabe klagt, weil er ihm das Gut nur zur Verwaltung anvertraut habe, so muss der Beklagte, um den Beweis des Herrn über seine Behauptung zu elidieren, gleich einem der Gewere Darbenden die Belehnung beweisen. Darin liegt, dass der Herr ihm durch Nachweis der Uebergabe in die Verwaltung die Gewere bricht und der Beklagte darum nicht seine Lehnsgewere mit sechs blosen Wissenschaftszeugen bezeugen kann, sondern mit drei Augenzeugen die Lehnsbestellung erweisen muss, wie sich das aus § 16 a. E. deutlich ergeben wird.

Ist nun auch kein Zweifel darüber gestattet, dass das deutsche Recht eine Stellvertretung im Besitz kennt, so bleibt doch noch die Frage offen, in welchem Umfange solche besteht, in welchen Fällen also der Detentor blos Stellvertreter, in welchen dagegen er wirklicher Besitzer ist. Diese Frage wird am besten im Zusammenhang mit der Gewere innerhalb der verschiedenen Rechtskreise behandelt.

§ 8. Gewere nach Land-, Lehn-, Hofrecht.

Die im vorigen Paragraphen mitgetheilten Definitionen der Gewere geben als Kennzeichen derselben an, dass man das Gut in Nutz und Gelde habe, und, wie das sächsische Lehnrecht hinzufügt, den Zins daraus nehme. Wollte man streng an diesem Wortlaute festhalten und ihn für den ganzen Umfang deutschen Rechtslebens durchführen, so würde für die Gewere ein äusserst kleines Gebiet übrig bleiben: nur derjenige könnte als Besitzer erscheinen, der ein Gut zu Zinsrecht ausgethan hat und durch Bezug des Zinses den Nutzen zieht, keineswegs aber der direct Bebauende und Geniessende, mag er nun Zinsmann oder Eigenthümer selber sein; ersterer

wäre bloser Stellvertreter des Zinsherrn in der Gewere, und bei letzterem gäbe es gar keine Gewere am Gut. Ja selbst nicht einmal der Lehnsherr hätte eine Gewere, weil er keinen Zins und „Geld“ sondern Lehnsdienst empfängt. Dass hievon keine Rede sein kann, bedarf keiner weitern Begründung. Nimmt man andrerseits jene Definitionen nicht streng buchstäblich, sondern nur als identisch mit: die Nutzung haben, den Nutzen ziehen, so gelangt man zu der Annahme einer gleichzeitigen mehrfachen Gewere. Denn fragt man, wer an einem Gute, das der Eigenthümer zu Lehn ausgegeben und der Lehnsmann weiter etwa zu Zinsrecht verliehen hat, die Nutzung und also die Gewere habe, so trifft das unzweifelhaft bei allen drei zu, dem Eigenthümer, dem Vasallen und dem Zinsmann, denn alle drei nutzen das Gut, der Lehnsherr in Form des Lehnsdienstes, der Lehnsmann in Gestalt des Zinses und der Zinsmann in dem directen Bodenertrag des Guts. Wie verhält sich dann aber dazu die bekannte Stelle des Ssp. Lehnr. 14, § 1: Ein Gut mag manches Herrn sein, so dass es einer von dem andern hat, doch muss eines die Gewere sein? Wir bemerken, ohne einem spätern Eintreten auf diese Stelle vorzugreifen, doch sofort, dass sie im Hinblick auf den bestimmten Rechtskreis des Lehnrechts gedacht und geschrieben ist, und dass daher die Existenz einer land- und hofrechtlichen Gewere neben der lehnrechtlichen nicht dadurch ausgeschlossen ist. Gehen wir auf diese Sache noch etwas näher ein.

Ich knüpfe an eine Bemerkung von Bruns (S. 468 f.) an, worin er gegen einen Besitz, der nicht Besitz mit animus domini ist, Einspruch erhebt: „wenn die Detention ihrer physischen Seite nach in der Möglichkeit besteht, beliebig auf die Sache einzuwirken, so ist es eine natürliche Consequenz, dass nur derjenige vollständig als für sich detinierend angesehen werden kann, bei dem der Inhalt des Willens dem Factum der Detention vollständig entspricht, ... der vollständig wie ein Eigenthümer detinieren will. Nur ein solcher

ist voller eigentlicher Besitzer; dagegen Jeder, der nur detiniert, um ein Recht an fremder Sache auszuüben, detiniert wenigstens nicht vollständig für sich. Nur insofern man von einem Untereigenthum redet, liesse sich dem entsprechend auch von einem Unter- oder abgeleiteten Besitz reden, allein durchaus nur eben so uneigentlich wie dort." Sehen wir davon ab, dass die Gleichstellung von Unter- und abgeleitetem Besitz unrichtig ist, indem eben der Unterbesitz des Vasallen den Oberbesitz des Lehnsherrn nicht ausschliesst wie der abgeleitete Besitz des Pfandgläubigers den Besitz des Eigenthümers, so fragt sich, ob die Begriffe Ober- und Untereigenthum wirklich nur uneigentlich verwendbar, nur unfruchtbare Rubriken sind, oder ob sie nicht vielmehr in der That Ausdruck eines gesunden und lebensfähigen Rechtsgedankens gewesen sind. Ich glaube das letztere [1]), und erblicke in der ganzen Structur des deutschen Rechts eine directe Nöthigung zur Aufstellung dieser Begriffe; die historische Entwicklung des deutschen Rechtsorganismus hat diese scheinbar unlogische Erscheinung des Rechts in ungezwungenster Weise hervorgerufen, und den Schlüssel zum wahren Verständniss ihrer Bedeutung für das Rechtsleben und ihrer Stellung im altdeutschen Rechtssystem giebt allerdings nicht eine logische Operation aus römischen Principien, sondern die Anschauung des deutschen Rechtsorganismus. Bekanntlich hat sich im Mittelalter das Recht in den Kreisen des Land-, Lehn-, Hofrechts u. s. w. entwickelt. Diesen Kreisen gehören bestimmte Genossenschaften an, welche, nach

[1]) Dabei fühle ich mich keineswegs in Widerspruch mit Homeyer, II, 2, S. 277: „An dem entschiedenen Gegensatz zwischen Eigen und Lehn ist durchaus festzuhalten, obschon manche Germanisten geneigt sind, das Recht des Herrn und das des Mannes als gleichartige unter einen Begriff von dominium zu bringen." Die Rechte selbst in Gegensatz zu einander gestellt sind durchaus verschiedenartig, aber die Functionen eines jeden in dem von ihm beherrschten Rechtskreise sind gleichartig. Darauf beruht die folgende Darstellung und Construction der mehrfachen Gewere.

oben mehr oder weniger gebunden, im Verkehr ihrer Angehörigen unter sich mit grosser Freiheit sich bewegen. Wie im Kreise des Landrechts das freie Eigen, so ist im Lehnrecht unter Lehnsgenossen das Lehn, und im Hofrecht unter den hörigen Colonen das Hofgut Gegenstand des Rechtsverkehrs: der Lehnsmann verfügt über sein Lehn, der Colon über sein Zinsgut im Kreise der Genossen annähernd gleichmässig wie der Schöffenbare über sein Eigen im Kreise der Schöffenbaren, das Gut ist in der That sein eigen in dem engbegrenzten Verkehr unter den Genossen, er hat das volle Recht daran, das die Rechtssphäre, der er angehört, überhaupt kennt und ermöglicht. Was wir Eigenthum in römischem Sinn nennen, das Recht des obersten Herrn, schwebt oft in weit entrückter Ferne über einer Abstufung von sechs und noch mehr Rechtskreisen und Rechtsgenossenschaften, und innerhalb jedes dieser Rechtskreise vertritt der an dem betreffenden Gut Berechtigte die Stelle des Eigenthümers in dem seinen Verhältnissen und Bedürfnissen entsprechenden freien Schalten und Walten. Darum reden die Quellen des anglo-normannischen und des französischen Rechts, wo aller Grund und Boden Lehngut ist, immer von proprietas, die der Lehnsmann am Gut hat, sie sagen ohne Bedenken: possessionem *feudi* amittit, salva questione *proprietatis*, oder: unde pater meus fuit saisitus in *dominico* sicut de *feodo*, oder: si querulatus respondeat, se ibi nanta posse capere in suo *feodo*, alter deneget ipsum nullum habere *dominium*, und unzählige andere Stellen. Das sind eben Verhältnisse, mit denen die des römischen Rechts, das nur Einen Rechtskreis kennt, nicht zu messen sind, und für die der Ausdruck Ober- und Nutzeigenthum den Kern der Sache trifft. Wo aber durch die mehrfachen Rechtskreise ein mehrfaches Eigenthum denkbar geworden ist, da ist auch nothwendige Folge ein mehrfacher Besitz, und die juristischen Schwierigkeiten, die uns damit verbunden zu sein scheinen, waren dem Mittelalter nicht vorhanden, weil sich ihm dieser mehrfache Besitz naturgemäss in die Gliede-

rung der Rechtskreise einfügte und zwischen der Gewere dieser verschiedenen Besitzer sowenig als zwischen dem verschiedenen Eigenthum Conflicte entstanden. Weder das Lehnrecht konnte der Gewere des Vasallen, noch das Hofrecht der Gewere des hörigen Bauern entbehren, sonst wären Lehn- und Hofrecht nicht das gewesen was sie wirklich waren; wie sie das Land- (Volks-)recht ihren Bedürfnissen angepasst reproducierten, so mussten sie auch das Besitzrecht sich aneignen, und für den Verkehr der Genossen einen Besitz ermöglichen.

Betrachten wir die Sache noch näher, so ist vorerst die Gewere des Eigenthümers im Landrecht und die Gewere des Vasallen im Lehnrecht unzweifelhaft; der Sachsenspiegel Land- und Lehnrechts geben hievon auf jeder Seite Zeugniss. Ob und inwiefern die Gewere des Vasallen auch im Landrecht zur Geltung gelangt, lassen wir vorläufig noch bei Seite und wenden uns zum Hofrecht. Auch die hofrechtliche Gewere ist allgemein herrschendes Dogma, obschon man sie bisher mehr auf Treu und Glauben von Albrecht angenommen hat, ohne sich in den Quellen ernstlich nach ihr umzusehen. Gerade aber ein Umblick in den Quellen des Hofrechts könnte Zweifel erregen; die Weisthümer sprechen von der Gewere durchgängig gar nicht. Wenn daher auch im Allgemeinen feststeht, dass im Hofrecht nur die Rechtsbildungen des Landrechts sich in Anpassung auf die beschränkteren Verhältnisse reproducieren, so könnte doch die Frage erhoben werden, ob der Besitz nach Hofrecht auch wirklich Gewere sei genannt worden und dem Besitz (der Gewere) nach Land- und Lehnrecht wirklich durchaus analog sei. Das anglo-normannische Recht wenigstens verneint diese Frage des Bestimmtesten: nach ihm ist eine Saisine nur an liberum tenementum denkbar, d. h. an einem zu erblichem Recht als feodum oder auf Lebenszeit gegen Leistung von freien Diensten erworbenen Freigut, und nicht nur bei dem hörigen Zinsmann, sondern auch bei dem freien Firmar, der ad terminum annorum das

Gut in Pacht genommen hat, ist die Saisine ausgeschlossen. Gleichermassen könnte man sich auch für das deutsche Recht denken, dass die Gewere mit dem Lehnrecht abgeschlossen sei und der für das Hofrecht nothwendige Besitz sich in bescheidenerer Weise entwickelt und weniger zu einem Rechtsinstitut ausgebildet habe, dass also z. B. der Gewere des Vasallen gegenüber dem Lehnsherrn keine solche des Colonen gegenüber dem Grundherrn entspreche, dass nur ein „auf dem Gute sitzen“, also Detention, nicht ein eigentliches „Besitzen“ mit den an die Gewere geknüpften Rechtswirkungen, im Hofrecht anerkannt gewesen sei. Indessen trifft die Analogie des englischen Rechts darum nicht zu, weil aus historisch nachweisbaren Zufälligkeiten der Ausdruck Saisine sich auf den Lehnsbesitz begrenzt hat. Der Begriff seisin ist nämlich technisch ausgebildet worden im Anschluss an die Klage wegen nova dissaisina. Diese Klage war nur auf Lehnsbesitz anwendbar, weil sie ein Erzeugniss des königlichen Amtsrechts war und somit die der königlichen Gewalt nicht unterliegenden grundherrlichen Verhältnisse nicht berührte (s. unten § 28). Das bezügliche Breve lautete daher auf liberum tenementum, und in rigoristischer Ausbeutung dieses Ausdrucks kam man von dem Satze, dass die dissaisina nur an liberum tenementum könne begangen werden, zu dem Schlusse, dass nur der libere tenens eine Saisine haben könne (vergl. auch § 31). Immerhin aber war diese Beschränkung des Gebiets der Saisine eine mehr formale als eine solche von materieller Bedeutung, wie z. B. der Firmar anstatt des nicht auf ihn passenden breve de nova disseisina ein anderes Breve erhielt, das dem Effecte nach jenem gleichkam, und bloss dessen Ausdrücke vermied (Bracton, lib. IV, tr. 1, c. 36, besonders: non magis poterit aliquis firmarium ejicere de firma sua quam tenentem aliquem de libero tenemento suo; et unde si ille ejecerit qui tradidit, seysinam restituet cum damnis, quia talis restitutio (wohl ejectio) non multum differt a disseysina). Da das deutsche Recht seine

Geweretheorie keineswegs auf solchem Formalismus der possessorischen Klagen aufgebaut hat wie das englische Recht, und dieser Formalismus einzige Ursache des beschränkten Gebiets der seisin ist, so fehlt in dieser Hinsicht jede Beziehung zwischen deutschem und englischem Recht und fällt somit jeder Schluss aus diesem auf jenes dahin. In der That aber dürfen wir uns nicht wundern, dass den von Gewere überfliessenden lehnrechtlichen Quellen ein allgemeines Schweigen von der Gewere in den Weisthümern gegenübersteht. Denn im Lehnrecht spielt der Besitz eine höchst wichtige Rolle, namentlich hängt von seinem Vorhandensein für eine Reihe von Fällen die Entscheidung ab, ob man die Lehnsgewere mit sechs Mannen, oder die Belehnung mit drei Augenzeugen zu beweisen habe. Nimmt man dazu, dass der Lehnsmann selten oder nie in factischer Detention, sein Besitz also keineswegs in die Augen fallend war, so erschien es wohl angebracht, die Bedingungen der Gewere sorgfältiger zu besprechen, zumal in Hinsicht auf die complicierten Verhältnisse von Gedinge, Anwartschaft, Lehnsvormundschaft u. a. (vergl. § 16 i. Anf.). Von allem dem blieb das Hofrecht unberührt, die Besitzverhältnisse waren hier schon darum ausserordentlich einfach, weil Gewere und factisches Inhaben in Einer Person vereinigt waren und eine Menge Zweifel, die über den Besitz des Vasallen sich erheben konnten, in hofrechtlichen Zuständen, wo jeder Hofgenosse sein Gut selbst bewirthschaftete, gar nicht möglich wurden. Und übrigens ist überhaupt nicht zu verkennen, dass die officiellen Rechtsaufzeichnungen durchweg von der Gewere weit weniger reden als die Rechtsbücher, wie z. B. selbst reichhaltige Stadtrechte des Mittelalters oft der Gewere nur ganz gelegentlich Erwähnung thun. Für die Weisthümer speciell fällt in Betracht, dass meist die Aufzeichnung eines bestimmten Hofes nicht nur für die andern Höfe derselben Herrschaft, sondern auch für weitere Kreise das massgebende Muster geworden ist. Man überzeugt sich beim ersten Durchlesen der Weisthümer, dass z. B. diejenigen

Niedersachsens, des Mosellandes, des Elsasses, der Schweiz u. s. f. alle einen besondern Character tragen, und dass hier grosse Gruppen und Familien der Hofrechte bestehen, die offenbar dadurch entstanden sind, dass ein Hof von einem andern sein Recht entlehnt und seine Aufzeichnung zum Muster genommen hat. So brauchte nur zufälligerweise ein besonders viel benutztes Recht von der Gewere nichts zu erwähnen, um zu bewirken, dass der Ausdruck für eine ganze Reihe von Weisthümern ausgeschlossen blieb. Doch fehlt es auch nicht an einzelnen Anwendungen dieses Wortes. Ich will nicht einmal grosses Gewicht auf den Gebrauch des Worts possidere und possessio in lateinischen Weisthümern legen, obschon doch auch der Auctor Vetus Gewere mit possessio wiedergiebt und die Statuta S. Petri von Worms den Ausdruck in Hinsicht auf die rechte Gewere brauchen.

Vergl. übrigens Grimm, I, S. 765. 804 § 1. II, 270. III, 74. 164 § 2, 3. 179 § 1. 218. IV, 323 § 2. 328 § 1. 389 § 5. 516 § 5. 674 Note 2, und öfter.

Erheblicher ist, dass die niedersächsischen und westfälischen Weisthümer von der Were des Bauern im Sinn von Haus und Hof reden, was doch voraussetzt, dass der Bauer auch an dem Hofe eine Were = Besitz hat.

Grimm, III, 51 f. 149 § 19. 177 f. 189. 195. 197. 198. 199. 201. 202. 203. 206. IV, 702 § 6. 707 § 53.

Ganz entscheidend in schweizerischen Weisthümern Gewer für die rechte Gewere: wer Güter kauft und sie gewisse Zeit inne hat, den soll ein Gewer dabei schirmen.

Grimm, I, 26 l. 3. 15, Note. 46 § 17. 77 § 27. 172. IV, 271 § 4. 283 § 19. 335 § 6 u. 7. 393 § 9. 439 (Laupen). 498 § 18. V, 189 § 20. 194 § 12. 206 § 14.

auch Landsgewere, unsers Landes Gewere, Hofgewere:

Grimm, I, 204. IV, 350 § 18. 353 § 18. V, 189 § 19. VI, 363.

Dies auch in Schwaben:

Grimm, VI, 308 § 65.

Der Ausdruck in Gewalt und Gewer, in nutzlich Gewer setzen findet sich

Grimm, I, 75 § 3. 88 Abs. 3. IV, 280 § 7. V, 70 § 11.

Nutz und Gewer:

Grimm, III, 706 § 7 u. 8. 730 Abs. 5. VI, 134 § 9.

inhabend gewer, hebbene were:

Grimm, I, 196 Abs. 2. IV, 412 § 35. 661 § 27. V, 149 § 13.

in die Were weisen, des Guts weren, entweren, u. dgl.

Grimm, I, 484 § 7. 486 l. 2. 494 § 5. 565 (Elhalden). III, 55 § 10. 97 Abs. 3. 99 Abs. 2. 182, Abs. 3. 543 Abs. 6. 346 Abs. 2. 724 l. 4 v. u. 737 § 30. IV, 41 l. 8 v. u.

gewerte Hand, gewerter Mann:

Grimm, II, 762 Abs. 7. I, 512 (Bibrau) Abs. 4 u. 5.

in der Were haben:

Grimm, IV, 707 § 56 u. 57.

Diese Ausbeute ist im Verhältniss zu der enormen Zahl der Weisthümer keineswegs erheblich. Wenn man aber z. B. sieht, wie oft die rechte Gewere der Sache nach, ohne Gebrauch des Ausdrucks, erwähnt ist (z. B. Grimm, I, 33. 210 Abs. 1. 349 § 18. II, 6 Abs. 6. 605 (Daun). III, 38 Abs. 4. 409 Abs. 2. IV, 704 § 17. VI, 298 § 11. 16), so wird man schon geneigter, das seltene Vorkommen des Worts Gewere Zufälligkeiten zuzuschreiben. Vollends aber ist hiefür entscheidend, dass die Redaction der Weisthümer zum grössten Theil aus einer Zeit datiert, wo der Ausdruck Gewere überhaupt nicht mehr beliebt war und schon der modernere „besitzen“ ihn verdrängt hatte. Sicherlich haben die fast in jedem Weisthum vorkommenden Ausdrücke „besitzen nutzen und niessen, nutzen niessen und gebrauchen, inhaben nutzen und niessen, Gut in bruekinge hebben (Grimm, III, 157 § 95), nutzen bauen und gebrauchen“ u. s. w. keine andere Bedeu-

tung als das alte in geweren hebben, so dass wir als unzweifelhaft ansehen dürfen, dass auch im Hofrecht die Gewere als Rechtsinstitut in Analogie des Land- und Lehnrechts bestanden hat.

Fassen wir Alles zusammen, so steht der Satz fest, dass an einem und demselben Gute mehrere Personen eine Gewere haben können, ohne dass die eine mit der andern in Conflict kommt, weil sie sich in verschiedenen Rechtskreisen bewegen. Höchst einfach bliebe daher das Verhältniss, wenn keine Kreuzung dieser Rechtskreise stattfände, oder, um es genauer auszudrücken, wenn dem Gebiet des Landrechts nur der Rechtsverkehr über freies Eigen angehörte und vor Landgericht nur die hieraus entstandenen Streitigkeiten erledigt würden, so dass alle Rechtsverhältnisse des Lehnsmannes zu seinem Lehngut im lehnrechtlichen Kreise abgeschlossen wären und vor dem Lehngericht zum Austrag kämen, wie auch alle Beziehungen des Zinsmanns zum Zinsgut von einem Hofrecht umfasst und vor dem betreffenden Hofgericht geregelt würden. Das ist aber nicht allseitig der Fall, der Lehnsmann vielmehr steht bekanntlich in Bezug auf sein Lehngut nach bestimmten Richtungen auch unter dem Landrechte. Bevor wir aber untersuchen, inwiefern dadurch Collisionen unter den verschiedenen Geweren des Eigenthümers und des Vasallen und Complicationen für die Besitztheorie entstehen, verweilen wir noch bei den Fällen, wo die Gewere am Lehngut nur innerhalb des lehnrechtlichen und lehngerichtlichen Kreises zur Erscheinung kommt und wirksam wird, resp. die Gewere am Zinsgut in den Schranken eines Hofrechts zur Berücksichtigung gelangt. Solang in solchen Fällen der obere Berechtigte das Gut und sein Recht daran nach aussen zu vertreten hat, umfasst seine Gewere vermöge seiner nach aussen einzig massgebenden Nutzung auch vollständig die des untern Berechtigten, die letztere kommt gar nicht in Betracht und zur Geltung, weil sie in diesem Fall keinen selbständigen Werth hat; der untere Berechtigte ist

in solchem Fall einfach Stellvertreter im Besitz des obern, der eigentlichen Partei, welche durch ihre Geltendmachung der Gewere nur dem gegenüber Dritten massgebenden Verhältniss von Principal und Stellvertreter Ausdruck giebt, so dass auch nicht einmal von Anrechnung der Gewere streng genommen die Rede sein kann[1]), so wenig als die Römer davon reden, dass der Principal sich den Besitz des Stellvertreters anrechne, da ja der letztere gar nicht besitzt. Ein Lehnsherr also, dessen Eigenthum an dem Gute streitig gemacht wird, ist unzweifelhaft vermöge seiner Gewere der richtige Beklagte (vergl. § 16) und geniesst im Eigenthumsprocess aller Vortheile der Gewere; für den Lehnsmann besteht auch keine Veranlassung dies zu hindern, weil sein und des Lehnsherrn Interesse in diesem Falle das gleiche ist. Sodann innerhalb des Lehnsnexus selbst umfasst im Verhältniss nach oben die Lehnsgewere des ersten Lehnträgers auch die der Aftervasallen. Das bezeugen ausdrücklich mehrere Stellen:

> Ssp. Lehnr. 7, § 3: Svelk herre en gut liet sinen manne, dar mede n'is ime de gewere nicht gevernet jegen sinen herren, of ime sin herre des gudes nicht bekant, so doch sin man von sinenthalven dat gut in geweren hadde.

D. h. der Vasall verliert durch die Gewere des Aftervasallen nicht die Gewere gegen seinen Herrn, weil in seinen Beziehungen zum Herrn der Aftervasall nur als sein Vertreter erscheint (die Gewere nur von seinethalben hat). Dasselbe sagt

> Ssp. Lehnr. 38 § 2: Al hevet die man it gut in sinen geweren mit der nut, dar umme n'is sime herren (dem Unterherrn) die lenes gewere deste vernere nicht.
>
> Richtst. Lehnr. 15 § 8: Vraget ok de man (Aftervasall), sint he dat gud in rechten geweren heft unde

[1]) Ja, wenn man sieht, wie bedenkliche Folgerungen Stobbes (S. 465) Theorie von der Anrechnung der Gewere, wie er sie versteht, nach sich ziehen muss (s. unten § 10 gegen Ende), so vermeidet man diesen Ausdruck um so lieber.

boret dat up, eft he darumme der were tüginge icht neger si. So vindme he ne si; wente allene hebbe he de hebbende were, dar umme is de here des lenes gewere de vorder nicht to betügende unde to beholdende jegen sinen heren, dor des willen dat id sin man van siner wegen in geweren heft.

In diesen Stellen liegt auch zugleich, dass der obere Berechtigte (Eigenthümer, Unterherr) gegenüber dem im Besitz befindlichen untern Berechtigten (Vasall, Aftervasall) die Gewere nicht hat, wie denn auch auf fast jeder Seite des sächs. Lehnrechts bezeugt ist, dass der Lehnsmann, insofern er überhaupt besitzt, im Streit mit dem Herrn über das Lehngut dem Herrn gegenüber in der Gewere steht und aller Vortheile derselben geniesst. Hieher gehört denn auch die bekannte Stelle

Ssp. Lehnr. 14, § 1: En gut mach maniges herren sin, also dat it en von deme anderen hebbe, doch mut enes die gewere sin. Svie so it in nut unde in gelde hevet unde den tins dar ut nimt, die hevet die gewere dar an, unde deme sal man dar af antwerden, of dar jeman uppe misse dut.

Dass hier nicht gemeint ist, es könne überhaupt nur Eine Gewere an einem Gut geben, ist nach dem Gesagten zweifellos; der Sinn ist nur: an einem Gute können verschiedene Rechte bestehen, welche eine Nutzung und damit die Gewere Mehrerer begründen; aber wo diese verschiedenen Rechte Mehrerer unter sich selbst in Collision kommen, können nur Einem von ihnen die Gewere und die damit verbundenen Befugnisse zustehen. Die Parallelstelle Ssp. II, 57 vermeidet denn auch den Satz, es müsse Eines die Gewere sein, und giebt den Vorzug der lediglichen Gewere. Da jene Stelle speciell das Verhältniss von Lehnsherrn und Vasall im Auge hat, ohne tiefer zu den bäuerlichen Zinsleuten hinunterzusteigen (denn auf letztere würde der Ausdruck herr [en gut mach maniges herren sin] nicht passen), so ist damit gesagt, dass

der Vasall, der als der Upborende, Nutzende erscheint, gegenüber dem Herrn die Gewere, und als Nutzender auch Anspruch auf die Bussen für Vergehen hat, die auf dem Gute begangen werden. Ungenau ist hiebei nur, dass dieses Recht auf die Bussen und Besserungen scheinbar aus der Gewere abgeleitet wird, während es streng genommen Folge des Lehnrechts am Gute ist. Der Fall ist nämlich der in den Weisthümern ungemein oft erwähnte, dass die auf einer Gutsherrschaft verfallenden Bussen und Frevel dem Guts- und Gerichtsherrn zukommen, z. B.

Grimm, I, 111 § 11. 188 Abs. 4 u. 5. 209 (Rickenbach) Abs. 2. 345 l. 5 ff. III, 226 § 9 f. 425 Abs. 2. IV, 202 Abs. 3. 298 § 3. 675 § 19. 691 § 25. VI 306 § 47. 733 § 4.

Ist nun die Herrschaft zu Lehn gegeben, so hat eben der Lehnsträger das Recht auf die Bussen, wie es z. B. bei Grimm III, 425 heisst, dass man für Schlägerei „solde bussen vff das husse Ronnenburg", also an den Herrn von Hanau, „als er das slosse Ronneburg tzu dieser tzyt innhait", daher auch von seinetwegen Gericht gehalten wird; oder wie die Offnung von Binzikon (Grimm, IV, 271 § 2) die Besserungen dem Herrn zu Grüningen zuspricht, der laut § 1 „zu unser herren Zürrich handen innhat".

Wie im Lehnrecht, so hat auch im Hofrecht der Lehenmann gegenüber dem Herrn die Gewere. Das ergiebt sich aus der Menge von Weisthümern, welche bestimmen, dass der Herr bei Pflichtvernachlässigung des Zinsmanns sein Gut in Klage legen, mit Klage erwinden und sich darein setzen lassen soll:

Grimm, II, 142 Abs. 2. 144 § 11. 173 § 3. 406 Abs. 2 a. E.

oder dass der Herr das Gut wegen versessener Zinse wieder in seine Gewalt, in seinen Nutzen ziehen, sich des Guts unterwinden, unterziehen möge:

Grimm, I, 330 Abs. 4. 335 l. 7 v. u. 339 Abs. 1

a. E. 347 § 6. 375 l. 9 v. u. 392 Abs. 3. 672. 674 Abs. 1. 699 Abs. 1. 720 Abs. 2. V, 78 § 12. 83 § 9 u. 16.

Ueberhaupt ist ja der Herr nicht berechtigt, ein Gut nach Willkür einzuziehen, sondern er muss gegen den Bauer vor Hofgericht klagen, sich das Gut zusprechen und sich in dasselbe einweisen lassen. Z. B.

Grimm, I, 310 Abs. 2 v. u. 322. 323.

wie auch der Fall vorgesehen ist, dass ein urtail wider den apt wäre (Grimm, I, 373). Aus allem dem geht hervor, dass die hofrechtliche Gewere des Zinsbauern nicht nur gegenüber den Genossen, sondern auch gegenüber dem Grundherrn wirksam ist.

Aus dem Gesagten ergiebt sich die einfache Regel: der obere Berechtigte hat im Streit mit Dritten über sein Recht, in seiner Stellung nach aussen, die Gewere, und der untere Berechtigte ist nur sein Stellvertreter. Im Verhältniss nach innen dagegen, bei Streit zwischen oberem und unterem Berechtigten, hat der letztere, insofern er wirklich in Besitz gelangt ist, die Gewere, und geniesst aller Vortheile derselben gegen den Oberherrn, weil er sie von diesem selbst erhalten, dieser also ihm gegenüber sie aufgegeben hat. Der erste Satz enthält die Uebereinstimmung mit dem römischen Recht, der zweite weicht von ihm ab, weil das römische Recht den dinglich Berechtigten keinen Sachbesitz giebt. Die deutsche Rechtsanschauung beruht wie früher bemerkt auf der Zersplitterung des Eigenthums: der Lehns- und Zinsmann ist vermöge seines lehn- und hofrechtlichen Nutzeigenthums in dem Kreise, in welchem sich dasselbe wirksam äussert, Besitzer in eigenem Namen. Hierin liegt die juristische Rechtfertigung dieser Erscheinung: jede Gewere correspondiert mit einem Eigenthum und ist in demselben Umfang wirksam als dieses Eigenthum, dessen Trabant sie ist. So kommt je nach Massgabe der Verhältnisse bald der Besitz nomine proprio, bald die Stellvertretung in Betracht. So lang nur der Wille, für den Andern zu haben, rechtlich in Berücksichtigung fällt, ist man

Stellvertreter; sobald man aber den Willen, für sich zu haben, rechtlich geltend macht, ist man Besitzer in eigenem Namen.

Es bleibt uns noch der Punct übrig, ob und wiefern auch im Landrecht die Gewere des Lehnsmanns am Lehngut, die des Zinsmanns am Zinsgut zur Geltung gelange und Anwendung finde. Vom Lehn ist das unzweifelhaft; dass der Lehnserbe gemäss Ssp. I, 14 „to landrechte" auf Abtheilung und Ausrichtung von seinen Miterben kann beklagt werden, kommt für unsre Frage weniger in Betracht, obschon doch auch bei solchem Erbstreit die Gewere des Lehnserben erheblich werden kann, wie in dem Fall von Ssp. II, 43 § 1, wo Allodial- und Lehnserbe beide die Gewere am Gut zu haben behaupten (vergl. unten § 19 gegen Ende). Wichtiger ist, dass zwei Vasallen vor Landgericht über ein Lehngut streiten können, das beide von verschiedenen Herren zu haben behaupten (Ssp. II, 42, § 1), an sich allerdings nicht auffallend, da solcher Streit nicht vor das Lehngericht des Besitzers gehört, und auch die Sache durch Herbeiziehung der Lehnsherrn als Gewährsmänner auf den richtigsten Weg kommt, aber immerhin bemerkenswerth für den Verkehr über Lehn im Landgericht. Besonders erheblich ist, dass dem Landrecht und dem Landgericht überhaupt alle Rechtsgeschäfte und Rechtsstreitigkeiten über Lehn angehören, welche nicht lehnrechtlicher, sondern allodialer Natur sind, so z. B. Bestellung einer Leibzucht, Ssp. II, 21, § 3.

Kindlinger, Gesch. der Grafen v. Volmestein, II, No. 119: dat ich to rechter liftucht ghegeven dat hus myt willen des lenherrn, und hebbe sie in di liftucht gesat und bestediget mit gerichte vor mynem vrien graven in dem sittenden gerichte.

Magdeb. Görlitzer R. v. 1304 § 83 (bei Gaupp, Magd. u. Hall. R. S. 298): Gibbet ein man sineme wibe sin gut zu irme libgedinge in jehegetem dinge, an eigene oder an lehne.

Verpfändung, welche erfolgt na des landes wise und wonheit, als landes und lehens recht ist,

Erath, Cod. dipl. Quedlinburg. p. 651.

Senkenberg, Selecta juris, IV, p. 206.

Dass bei solchen Rechtsgeschäften die Einwilligung des Lehnsherrn nothwendig, daher vorbehalten oder schon vorher eingeholt ist, ändert in der Hauptsache nichts. Wenn man aber sieht, wie auf solchem Wege die Lehngüter in freiesten landrechtlichen Verkehr gelangten und z. B. in der angeführten Urkunde bei Erath die Möglichkeit vorgesehen ist, dass der Pfandgläubiger, der Rath, das Pfandobject andern seinen Mitbürgern verkaufen könne, so begreift sich, dass in allen diesen Verhältnissen auch eine Gewere übertragen und erworben wird. Ganz unzweideutig sagt das Richtst. Lehnr. 17. Nur ist es nicht die Lehnsgewere, sondern die landrechtliche, wen we dat gud in geweren hedde, de hedde dat van dem heren nicht to lene, unde de dat van en to lene hedde, de hedde dat gud in geweren nicht (Richtst. Lehnr. 17), so dass sie z. B. der Satzungsgläubiger gegenüber einem etwa die Verpfändung als nicht geschehen anfechtenden Erben des Schuldners nicht mit sechs Lehnsmannen, sondern mit sechs Landgerichtspflichtigen bezeugt, wie auch der Streitfall nicht vor Lehngericht, sondern vor Landgericht verhandelt wird. Schwierigkeiten konnten in der Praxis aus diesen Zuständen nicht erwachsen, weil die Trennung der land- und lehnrechtlichen Sachen eine sehr klare und das Gebiet von Land- und Lehngericht bestimmt geschieden war (vergl. Homeyer, II, 2, S. 563—567),[1]) und zudem später „in den höhern landesherrlichen Gerichten die Uebung des Land- und Lehnrechts zusammenlief“ und z. B. in Brandenburg „das Hof- und

[1]) Das zeigt sich gerade bei der Verpfändung sehr deutlich; der Lehnsherr belangt wegen unerlaubter Verpfändung des Lehns keineswegs den besitzenden Pfandgläubiger vor Landgericht, sondern den Lehnsmann im Lehngericht, und unterwindet sich, falls dieser das Gut nicht löst, selber des Guts. Richtst. Lehnr. 19.

Kammergericht für die Herren und Rittermässigen der Mark auch Landgericht war" (Homeyer II, 2, S. 351).

Endlich noch die Frage: kann auch ausserhalb des Hofrechts die Gewere des Zinsmanns am Zinsgut wirksam werden? erkennt auch das Landrecht eine solche an? Die Beantwortung ist davon abhängig, ob das Zinsgut als solches in landrechtlichen Verkehr kommen kann oder nicht; als solches, d. h. nicht in seiner Eigenschaft als Lehn des Unterherrn oder als Eigen des Oberherrn. Vor Allem aber müssen wir uns über den Begriff des Wortes Landrecht und sein Verhältniss zum Hofrecht verständigen. Gewöhnlich bezeichnet man es als das Recht der Freien im Gegensatz zum Hofrecht als dem Recht der Hörigen. So Stobbe (Gesch. d. dtsch. Rechtsquellen, I, S. 300): „das Landrecht, d. h. das Recht, wie es in den Landgerichten, welchen die Freien unterworfen sind, gehandhabt wurde. Nur dem Rechte der freien Ritter und freien Bauern ist der Ssp. gewidmet, die Städte erwähnt er nur gelegentlich und schliesst das Hof- und Dienstrecht ausdrücklich aus". Darnach wäre Land- und Hofrecht so viel als Recht der Freien und der Unfreien. Das ist nicht richtig, denn auch freie Leute können in Hofrecht und hofrechtlicher Abhängigkeit stehen, ja ich möchte es darauf ankommen lassen, ob nicht die Mehrzahl der Weisthümer für Hofgenossenschaften von Leuten in der Weise der Landsassen des Ssp., also Freier, gilt. Nicht nach der Aeusserlichkeit des Standes der Angehörigen bestimmt sich der Gegensatz, so wenig als der von Land- und Lehnrecht, sondern nach dem innern Gehalt des Rechts selbst: Landrecht ist das nur in der Unterordnung unter die öffentliche Gewalt seine Schranke findende Recht, Hofrecht das durch privatrechtliche Abhängigkeit von einem Grundherrn bedingte. Nun finden wir, dass die auf grundherrlichem Boden angesessenen, also privatrechtlich abhängigen freien Leute für ihre Güter und alle in Bezug auf sie entstehenden Rechtsverhältnisse dem Hofrecht unterliegen und den herrschaftlichen Richtern

untergeben sind [1]). Das gilt wie von den gewöhnlichen niedern Vogteileuten zumal Süddeutschlands so auch von den freien Landsassen des Ssp., den Angehörigen der Gogerichte. Denn in den niedersächsischen Gohen sind die hofrechtlichen Dorfschaftshundertschaften [2]) repräsentiert und in dem Goh- (Vogts-) Gericht geben und nehmen die Landsassen das Recht über ihre Zinsgüter, selbst zu einer Zeit da sie im Uebrigen noch das Grafending besuchen. Vergl.

Möser, Osnabrück. Gesch. Urk. v. 1090, in Bd. II, No. 39.

Stüve, Untersuchungen über die Gogerichte in Westfalen und Niedersachsen, bes. S. 8, 48, 60 und sonst.

Aber hinsichtlich dieser ihrer Zins- und Vogteigüter stehen sie offenbar ausserhalb jeglicher Berührung mit dem Grafengerichte und dem darin zur Erscheinung kommenden Landrecht. Denn selbst die Pfleghaften müssen wir uns in Bezug auf den Rechtsverkehr an ihren Gütern vom Grafengericht ausgeschlossen denken. Unter den Pfleghaften des Ssp. verstehe ich nämlich die freien Leute, welche nicht wie die niedern Vogteileute in privatrechtliche Abhängigkeit gerathen sind, sondern auf eigenem Gut sitzend blos dem Hoheitsrechte des Inhabers der alten Grafschaft unterworfen sind und einen Zins (Vogtsteuer) an ihn entrichten, der keineswegs Ausfluss privatrechtlicher Unterwerfung, sondern wohl eine Lösung vom Reichsdienst, also öffentlichrechtlicher Herkunft ist. Diese Pfleghaften haben für ihre Güter und die darauf bezüglichen Rechtsverhältnisse ein besonderes Gericht unter dem Schultheissen, dem alten Centenar, und sind in dieser Hinsicht ebenfalls vom

[1]) Diese herrschaftlichen Gerichte sind desswegen keineswegs rein hofrechtliche, sie enthalten eine Mischung von öffentlicher und privatrechtlicher Gewalt, wie das bei der landesherrlichen Vogtei und Vogteigerichtsbarkeit deutlich zu ersehen ist. Aber gerade hinsichtlich der Rechtsverhältnisse der freien Hintersassen an Grund und Boden wird mehr und mehr das hofrechtliche Element vorherrschend und tritt der Zusammenhang mit dem öffentlichen (Land-)Recht zurück.

[2]) Sohm, fränk. Reichs- und Gerichtsverfassung, S. 185 f. 209, 253 f.

Grafengericht ausgeschlossen. Hierüber scheint mir Ssp. I, 2 keinen Zweifel zu lassen, wenn er die Schöffenbaren das Grafending besuchen und durch ordentlichen Gerichtsbesuch ihr Eigen ledigen, die Pfleghaften dagegen von ihrem Eigen das Schultheissending besuchen lässt. Die Einwendungen Stobbes [1]) gegen diese Ansicht halte ich durch die Berufung auf Ssp. I, 59, § 1 nicht für genügend begründet, namentlich aber stehen ihnen entgehen die unverkennbaren Analogien, die wir in schweizerischen Zuständen finden, worüber nun F. v. Wyss in seinen Beiträgen zur schweiz. Rechtsgeschichte, II, in der Zeitschr. für schweizerisches Recht, Bd. XVIII, so höchst werthvolle Untersuchungen geliefert hat. Ich hebe nur das Eine hervor: Affoltern am Albis (jetzt Cantons Zürich) gehörte der Herrschaft Oesterreich, und die herrschaftlichen Vogteileute daselbst standen unter dem herrschaftlichen Vogteigerichte (Analogie Landsassen und Gogerichte des Ssp.). Daneben finden wir ein Freiamt Affoltern, bestehend aus den zerstreuten Freien mit Grundeigenthum, welche unter die Landgrafschaft (Aargau) gehören und mit welchen der Freiamtmann, der Gehilfe des Landgrafen, ein besonderes Gericht über ihr Erb und Eigen hält (Analogie Pfleghafte und Schultheiss). Herrschaft und freies Amt sind bestimmt unterschieden, obschon sie in Einer Hand vereinigt und local nicht abgegrenzt sind. Aehnliche Verhältnisse bestehen in der Herrschaft und dem Freiamt Willisau (Segesser, Rechtsgesch. v. Lucern, bes. I, S. 622), in dem Freigericht unter der Thurlinden im Thurgau, und sonst (Wyss, a. a. O.). Es ist mithin sowohl bei den Pfleghaften wie bei den Landsassen gerade für die Rechtsverhältnisse an Grund und Boden die Trennung von dem Grafengerichte vollzogen, so dass diese beiden Classen der freien Leute vor dem Grafen weder ihre Güter auflassen noch Streitigkeiten darüber austragen. Während aber das Schultheissengericht der Pfleghaften rein öffentlichen Character hat, ist dies nicht der Fall

[1]) Stobbe, die Gerichtsverfassung des Sachsenspiegels, in Zeitschr. f. Deutsches R. XV, S. 112.

bei den Goh- oder niedern Vogteigerichten, so dass dem Landrechte im strengen Sinne, d. h. dem rein und unverfälscht nur durch die öffentliche Gewalt begrenzten und bedingten Recht, die Vogtei- und Zinsgutverhältnisse streng genommen nicht angehören. Denn die Wechselwirkung ist hier durchaus selbstverständlich: weil der Vogteimann gerade durch seine privatrechtliche Abhängigkeit in Bezug auf sein Gut dem Landgericht ist entzogen worden, so werden seine Rechtsverhältnisse daran auch nicht landrechtlich normiert.

Glaube ich demnach die Rechtsverhältnisse des Zinsmanns hinsichtlich seines Zinsguts vom Landrecht im strengen Sinn ausschliessen zu müssen, so ergiebt sich, dass es auch keine landrechtliche Gewere an Zinsgut geben kann, aus dem einfachen Grunde, weil der Zinsmann nie in den Fall kommen kann, im Grafengericht sein Gut zu vertreten. Dass es sich beim Lehn anders verhält, erklärt sich auf natürliche Weise daraus, dass die Vasallen im Grafengericht ohnedies schon als Schöffenbare gerichtsgenössig sind und wie über ihr Allod so dann auch in allodialen Beziehungen über ihr Lehn verfügen.

Immerhin wenn man auch die Vogteileute für ihren Verkehr an den Zinsgütern vom alten Grafengerichte wegweist, so bleibt doch noch die Möglichkeit zu erwägen, ob nicht Schöffenbarfreie oder Pfleghafte selbst von ihren Genossen Gut zu Zins nehmen konnten und auf diesem Wege Zinsgut und Gewere daran nach Landrecht entstanden sei. Für das Landrecht zur Zeit der Rechtsbücher glaube ich das bestreiten zu müssen. Allerdings bleibt in Erinnerung an das in § 3 Gesagte zu erwägen, dass ursprünglich innerhalb des Volksrechts die Beneficial- und Precarieverhältnisse und damit die mehrfache Gewere an einem Gut sich gebildet haben, aber andrerseits muss man sich doch auch sofort sagen, dass gerade hierin die Keime des Lehn- und Hofrechts und der Eigenthumstheilung nach den verschiedenen Rechtskreisen ruhen und dass schon damit die Rechtsentwicklung eine Richtung

eingeschlagen hat, welche in der Folge nothwendigerweise dem Grundbesitz einen grössern Einfluss auf die ständische Sonderung einräumen musste. Wie die alamannische Precarie gemäss den St. Galler Traditionen nichts anders als Eintritt in Vogteizinsverhältniss ist, so kann auch mit schärferer Ausbildung der Gegensätze von freien Grundeigenthümern und Vogteileuten nicht mehr ein solches Verhältniss ohne Minderung der Standesehre eingegangen werden. So lang Vogteileute und Vollfreie gleiches Recht und Gericht theilen, kann die Precarie auch dem Volks- (Land-) Recht rein angehören, wie z. B. die Urk. v. 1090 bei Möser, II, No. 31 das aufweist. Aber sobald Vollfreie und Vogteipflichtige ständisch geschieden sind, wie das doch im Grunde schon der Ssp. enthält, kann auch nicht mehr ein Vollfreier Zinsmann des andern werden, ohne seinen Stand zu niedern. Die entscheidende Stelle in dieser Hinsicht ist

> Richtst. Lehnr. 20 § 4: Spreke juwe man, he hedde't jenneme to tinse gedan, dat he dat ane len in geweren het, so vrage de here, eft en man moge des anderen tinsman sin, de bat geboren si edder also wol alse sin tinshere So vindme he ne moge.

Der Vasall ist wegen unbefugter Veräusserung des Lehns belangt; er behauptet es dem Inhaber blos zu Zinsrecht ausgethan zu haben; auf Frage des Herrn wird gefunden, dass kein besser oder gleich Geborner des Zinsherrn Zinsmann sein könne. Damit ist in unsrer Frage das massgebende Princip aufgestellt: wer Zinsmann seines Genossen wird, erniedrigt seinen Stand, wird Landsasse. Er tritt unter die tinsgenoten, die laut Ssp. Lehnr. 68 § 5 ein Gericht unter dem Herrn haben. Dass der Sachsenspiegel Landrechts, wie er ja überhaupt in Betreff der Standesverhältnisse einen Uebergangszustand darstellt, auch in dieser Frage noch weniger entschieden als der Richtsteig, auf der Grenze steht, zeigt

> Ssp. II, 21, § 1: Die tinsman, sve he si, die erft sin gebu uppe sinen erven uppe tinsgude; it ne si

en man von ridderes art, die't sime wive to morgengave hebbe gegeven.

Die Glosse dazu behauptet in Uebereinstimmung mit Richtst. Lehnr. 20 § 4: Sage aber du, es sol kein ritter zu recht auf einem pacht oder zinsgut sitzen.

So müssen wir für Land- und Lehnrecht die Definition, welche die Land- und Lehnrechtsbücher von der Gewere geben: wer das gut in nut und gelde hat und den tins darut nimt, der hat die gewere, in ihrer rigorosesten Bedeutung festhalten: Land- und Lehnrecht kennen keine andere Gewere als die an Eigen und Lehn, somit eine durch Zinsbezug sich äussernde, dagegen keine an Zinsgut, welche nur dem Hofrecht angehört. Wie aber die Gewere an sich kein dingliches Recht, sondern nur Besitz ist, so ist dieser Satz auch nur Ausfluss und Consequenz des über ihm stehenden Satzes, dass im Kreise des Land- und Lehnrechts das Zinsgut als solches keine Stelle hat, und dass, wie es kein landrechtliches Austhun eines Guts zu Zins giebt, so auch der Zinsmann in keinen landrechtlichen Verkehr über sein Zinsgut treten kann.

Zuerst die Städte und das Stadtrecht haben diesen Satz durchbrochen und die Gewere an Eigen und an Zinsgut neben einander in demselben Rechtskreise anerkannt. Der Grund liegt darin, dass das Stadtrecht die verschiedenen Stände in der Stadt unter Einem Gerichte vereinigt hat zu einer Zeit, wo auf dem flachen Lande noch die Trennung der Rechtskreise und Gerichte in voller Blüthe stand. Schon im 13. Jahrhundert treten städtische Ministerialen und Patricier in Erbzinsverhältniss zu den städtischen Stiftern und Klöstern; die Handwerker andrerseits, bisher in engen hofrechtlichen Schranken ihrer geistlichen Grundherrn gehalten, sprengen die Fesseln der Hörigkeit und streben darnach, neben dem Patriciat gleichberechtigte Glieder der Stadtgemeinde zu werden; die letzte Stufe dieser Entwicklung wird mit der Erlangung der Rathsgenossenschaft erreicht, aber schon vorher erfolgt die Gleichstellung im Schultheissengerichte; der bisher vor dem stiftischen

oder klösterlichen Hofgerichte sich abwickelnde Verkehr über die Erbzinsgüter tritt in den Kreis des Schultheissengerichts hinüber, hier treffen Patricier und Handwerker zuerst zusammen und die Gerichtsgenossenschaft beider vollzieht sich vor der Rathsgenossenschaft. Für Basel habe ich alles das näher dargestellt in meiner Verfassungsgeschichte von Basel, S. 176 ff. Weil die alten Hofgenossenschaften und Hofgerichte verschwinden und in der neuen Bürgergemeinde und dem Stadtgerichte aufgehen, so umfasst dieses letztere den Rechtsverkehr und die Rechtsstreitigkeiten sowohl über Eigen als über Erbzinsgut, und wie es daher ein Erbzins*recht* nach Stadtrecht giebt, so auch eine Erbzinsgut*gewere* nach Stadtrecht [1]. Um nur *ein* Beispiel anzuführen, so vergabt im Jahr 1303 vor dem Schultheiss zu Basel Meister Werner der Kaltschmied dem St. Leonhardsstift ein Haus, das er vom Ritter Hug Münch zu Erbzins hat, und setzt das Stift „in liplich und in nuzlich gewer" des Hauses (Arnold, zur Geschichte des Eigentums in den deutschen Städten, S. 407). Andre Beispiele finden sich zahlreich sowohl bei Arnold als in städtischen Urkundensammlungen. Aus dem Magdeburger Recht ist zu vergleichen

sächs. Weichbildr. art. 69 = Magdeb. Schöffenr. art. 49 bei Laband, Magdeb. Rechtsquellen, S. 129.
Syst. Schöffenr. IV, 2, 10 und 32 i. f.

Dazu drei instructive Beispiele aus der Praxis, wo auch vor städtischem Schöffengericht über Erbzinsgut zwischen zwei Parteien, von denen keine der Zinsherr ist, processiert wird:

Wasserschleben, S. 181 c. 47 b. S. 322 c. 175—177. S. 386 c. 34.

Wir sehen, wie in den Städten das Erbzinsgut der gleichen Behandlung fähig wird, welche schon längst das Lehn im Landgericht erfährt. Wie die Lehnsbestellung im Lehngericht

[1]) Vergl. auch die oben S. 119 angeführten Stellen aus dem Brünner Schöffenbuch.

erfolgt, so verbleibt auch die Verleihung zu Erbzinsrecht dem Gutsherrn:

Arnold a. a. O. S. 382. 395. 402. 406 und öfter.

Wie aber andrerseits das Lehn wegen der Gerichtsgenössigkeit der Vasallen im Landgericht auch allodialem Verkehr anheimgefallen ist, so bewegt sich auch in den Städten in Folge des Eintritts der Handwerker unter das Schultheissengericht das Erbzinsgut in einem durch Stadtrecht und Stadtgericht beherrschten Verkehre.

Diese ganze Rechtsbildung muss man sich vergegenwärtigen, wenn man dem mehrfachen Eigenthum und der mehrfachen Gewere des deutschen Rechts gerecht werden will. Wer nur mit römischen Begriffen operiert, wird ein volles Verständniss und eine befriedigende Erklärung dieser Verhältnisse nicht gewinnen, während umgekehrt eine Reihe von Schwierigkeiten (vergl. Stobbe, S. 464 f.) sich löst, sobald man den Rechtsorganismus des deutschen Mittelalters zum Ausgangspunct und zur Grundlage nimmt.

§ 9. Ledigliche und hebbende Gewere.

1. Der im deutschen Recht angenommenen Möglichkeit eines gleichzeitigen Besitzes Mehrerer an derselben Sache verdankt der Ausdruck „ledigliche Gewere“ seine Existenz. Es ist damit der Besitz gemeint, den man durch directe Einwirkung auf die Sache ausübt, im Gegensatz zu dem Besitz, den man nur durch das Mittel der Nutzung ohne factische Detention der Sache hat, wie es in der Urkunde von 1250 bei Möser, Osnabr. Gesch. III, No. 241 heisst: bona nostra, quae libera et absoluta in nostra habuimus possessione et quae non fuerunt infeodata. Desshalb aber die ledigliche Gewere als gleichbedeutend mit detentio zu erklären, würde gefehlt sein. Ledigliche Gewere ist keineswegs identisch mit Detention in dem Sinne, in welchem wir nach Vorgang des römischen tenere, in detentione esse, in possessione esse das Wort brauchen, d. h. mit thatsächlichem Haben ohne animus. Denn in

den Stellen, welche jenen Ausdruck brauchen, ist die ledigliche Gewere gerade dem zuständig, der den animus rem sibi habendi hat. Man vergleiche

Ssp. I, 34, § 2: Svelk man sin gut gift unde dat weder to lene untveit, dem herren hilpt de gave nicht, he ne behalde dat gut in sinen ledichliken geweren iar unde dach.

Ssp. II, 57: Al sie en gut manges mannes, also dat dat en von dem anderen hebbe, svat so man up deme gude dut, dat sal man beteren deme die 't in ledichliken geweren hevet.

Schwsp. 216 Parallelstelle zur vorigen.

Magd. Fr. I, 2, 26: Alle vryheit unde gerichte, dy der obirste herre des gutes uff deme gute, ab her is in synen weren lediglichen hat, noch dem rechte haben mochte, al sulche macht, vryheit unde rechtikeit sal der man, der das in lediglichen weren hat, ouch uff deme gute haben.

Ja so wenig ist die ledigliche Gewere mit dem Begriff der Detention verbunden, dass man, sobald man nur den Ertrag des Guts in erster Hand bezieht, die ledigliche Gewere hat, selbst ohne Detention zu haben, wie denn auch z. B. Homeyer II, 2, S. 404 richtig bemerkt, dass ein Vasall, der ein Gut durch einen Verwalter bebauen, aber sich von ihm die Früchte abliefern lässt, in ledigliche Gewere ist. Im römischen Recht findet der Begriff ledigliche Gewere keine Analogie, weil ihm der mehrfache Besitz unbekannt ist. Eben darum findet auch im deutschen Recht der Ausdruck hauptsächlich dann Verwendung, wenn zu entscheiden ist, welche von mehreren Geweren im betreffenden Fall die massgebende sei, wie in Ssp. II, 57 für den Bezug der Busse wegen Vergehen, oder welche nothwendig sei, wie gemäss Ssp. I, 34, § 2 zur Unterbrechung des Besitzes des Veräussernden. Von selbst versteht sich, dass die ledigliche Gewere sowohl beim Eigenthümer als beim Pfandgläubiger, Lehnsmann u. s. w. vorkommen und fehlen kann.

2. Wie die Römer innerhalb der Bedeutung und der Schranken des „juristischen" Besitzes wieder Gegensätze zur Erscheinung bringen und zum Ausdruck kommen lassen, so auch die Deutschen innerhalb des allgemeinen Begriffs der Gewere, und zwar mit Verwendung einer reichern Terminologie als die Römer. Diesen letztern steht zu diesem Behuf nur der Gegensatz von civilis und naturalis zu Gebote, den sie nach verschiedenen Richtungen verwenden. So werden die Ausdrücke civilis und naturalis possessio (ich folge hier Windscheid, § 148 Note 12) zur Bezeichnung des vom Rechte gebilligten und nicht gebilligten Besitzes gebraucht; hiefür ist die Parallele bei den Deutschen der Gegensatz von rechter Gewere (nicht in dem technischen Sinn des Besitzes von Jahr und Tag) und raublicher, unrechter Gewere.

Ssp. Lehnr. 14, § 1: Doch ne het dat nen recht gewere, dat die man mit gewalt besitt.

Wasserschleben, S. 386, c. 34: Sint demmale das sich Bernhard des gutis undirwunden hat mit gewalt unde mit unrechte, unde an dem gute ny keine rechte gewere gewonnen hat.

Magd. Fr. I, 6, 8 und sonst.

Ssp. II, 25, § 1: Wirt en man beklaget umme roflike gewere.

Schwsp. (L.) 76, II Parallelstelle zur vorigen.

Wasserschleben, S. 227, c. 73: Sintdemmal das der man an dem weynberge keyne rechte gewere zundir eyne betrigliche gewere gehabt hat.

Ferner bezeichnet bei den Römern die civilis possessio das thatsächliche Haben mit dem Willen für sich zu haben, im Gegensatz zu der naturalis possessio als dem thatsächlichen Haben ohne den Willen für sich zu haben. Der civilis possessio in diesem Sinne entspricht die hebbende, die nutzliche, die geniessliche [1]) Gewere des deutschen Rechts; die Analogie tritt

[1]) Dieser Ausdruck, die Gewere mit der nut bezeichnend, besonders oft in den Rechtsquellen bei Wasserschleben, S. 229, 429 und öfter.

darin am stärksten hervor, dass wie die Römer die civilis possessio in diesem Sinn schlechtweg als possessio bezeichnen, so das deutsche Recht die hebbende Gewere nicht anders definiert als die Gewere schlechtweg:

> Richtst. Lehnr. 29, § 7: eine hebbende were, dat is dat du de nud dar ut borest.

Daraus ergiebt sich, dass hebbende Gewere weder mit lediglicher Gewere identisch ist noch die blose Detention bezeichnet, was beides Stobbe S. 434 f. behauptet. Die hebbende Gewere braucht keineswegs eine ledigliche zu sein und ist auch keine solche z. B. in der Hand des Lehnsherrn, und gerade in allen Fällen, in denen der Richtsteig, der diesen Ausdruck gern braucht, von hebbender Gewere spricht, ist nicht ausgeschlossen die Möglichkeit, dass der Eigenthümer oder Lehnsmann, an dessen Person geknüpft sie gedacht ist, das Gut zu Lehn oder Zins ausgethan und also die ledigliche Gewere nicht hat. Vergl. Richtst. Landr. 26, § 4. Ebensowenig aber ist mit der hebbenden Gewere nur factische Detention gemeint, im Gegentheil sie ist der eigentliche „juristische" Besitz des deutschen Rechts, die Gewere mit dem Willen für sich zu haben. Da nun aber die rechtliche Bedeutung dieses juristischen Besitzes eben die ist, dass er zum Rechtsverhältniss geworden und damit eines Rechtsschutzes theilhaftig ist ohne Rücksicht auf das dahinter stehende oder beanspruchte Recht an der Sache, so wird die hebbende Gewere auch in Gegensatz gestellt zu dem titulierten Besitz und dann identisch gebraucht mit dem Ausdruck gemene, blote gewere.

> Richtst. Lehnr. 29, § 7: enes lenes gewere, dat is dat en gud di vorlegen si, motestu tügen med sessen des heren mannen; sunder eine hebbende were, dat is dat du de nud darut borest, tügestu med soven bedderven mannen we se sin.
>
> Ssp. Lehnr. 38, § 3: Lenes gewere ne mach nieman getüch sin ane die von 'me herren belent is. Gemener gewere si getüch jewelk unbesculden man an sime rechte.

Ssp. Lehnr. 74, § 2: Lenes geweren mut man getügen mit ses mannen des herren. Ene blote gewere getüget en man selve sevede mit unbesculdenen lüden an irme rechte, svie sie sin.

Bewys. umme len, bei Homeyer, II, 1, S. 364: Doch so mach to lenes geweren neman tüch syn, he ne sy des heren belende man; aver eyner gemeynen hebbenden unde brukenden gewere mot wol getüch syn eyn yowelk vmbeschulden man an syneme rechte, we he sy.

Diese vier Stellen, die alle dasselbe sagen, setzen der Lehnsgewere entgegen die hebbende oder gemeine oder blose Gewere. Was ist das für ein Gegensatz? Nimmermehr der von einem „durch die Belehnung entstandenen Recht zu besitzen“ (Stobbe, S. 465) und „factischem Besitz, Detention“ (Stobbe S. 434), sondern der von Besitz auf Grund Belehnung und Besitz ohne Rücksicht auf seine Herkunft, also von tituliertem und untituliertem Besitz (Homeyer, II, 2, S. 606). In den Fällen, wo es sich um den Beweis der Lehnsgewere mit sechs Lehnsmannen handelt, z. B. Ssp. Lehnr. 38, § 1, Richtst. Lehnr. 15, § 8, wird keineswegs das Besitzrecht Eidesthema, sondern die Thatsache, dass man das Gut in Folge Belehnung besitze (und nicht etwa als Verwalter oder Vormund, Ssp. Lehnr. 62, § 1; 74, § 1), wie sich im § 16 des Deutlicheren ergeben wird. Den Gegensatz von Besitzrecht (dinglichem Recht) und Besitz, den man in diesen Stellen hat finden wollen, haben die Deutschen auf andere Weise hervorzuheben gewusst, besonders gern durch die Worte gut und gewere.

Ssp. II, 18, § 2: wo en man en gud oder ene gewere des gudes getügen sole.

Ssp. III, 88, § 5: Svelkes getüges en man vulkomen sal, it si umme gut oder umme gewere.

Ssp. Lehnr. 6, § 1: Die vader erft uppe'n sone die gewere des gudes mit sament deme gude.

In diesen Stellen umfasst der Begriff Gut das Recht an

der Sache, und so heisst auch speciell das Recht an einem Lehngut Lehn.

Ssp. Lehnr. 35, § 1: wende sie ane gewere nen len daran bereden ne mogen.

Ssp. Lehnr. 13, § 3: dar ne mach die man an deme gude nen len behalden.

Richtst. Lehnr. 29, § 1: dat gud hebbe ik in lene unde in geweren eft sin len to rechte icht scole vorgan.

Also Lehn und Gewere steht für (Besitz-)Recht und Besitz, und Lehnsgewere und blose (hebbende) Gewere sind zwei Modalitäten des Besitzes, und zwar tritt, wie sich bei Besprechung der rechten Gewere ergeben wird, dieser Gegensatz hauptsächlich deutlich so hervor, dass der auf rechte Gewere sich Berufende mit sechs Zeugen die blose Gewere, den Besitz schlechtweg, beweist, und dann noch die Lehnsgewere, den Besitz auf Grund Belehnung, mit seinem Eide beschwört.

§ 10. Eigenliche Gewere, Lehnsgewere, Zinsgewere u. s. w.

Die Lehnsgewere führt uns noch zu weitern Unterscheidungen. Die Quellen kennen eigenlike gewere, Lehnsgewere, Zinsgewere, Satzungsgewere, Vormundschaftsgewere, Leibzuchtsgewere u. s. w. Die Unterscheidung ist hervorgerufen zunächst dadurch, dass die Gewere nicht wie die possessio der Römer nur ein mit sog. animus domini geübter Besitz ist, sondern auch unter der Voraussetzung eines blosen animus infeudati, emphyteutae, tutoris u. s. w. besteht. Immerhin bezeichnen jene Ausdrücke nicht einfach den Besitz, der mit dem entsprechenden animus, sonst aber ohne Rücksicht auf die wirkliche Existenz des fraglichen Rechts, geübt wird, sondern geradezu die Gewere, die sich wirklich auf Eigenthum, Belehnung, Satzung, Zinsleihe, Bevormundung gründet. Aber das muss man dabei festhalten, dass doch in allen diesen Fällen die Gewere eine und dieselbe ist und dass es nicht verschiedene Arten der Gewere giebt je nach dem Recht, das man ausübt.

So wenig als den Römern die possessio des Eigenthümers specifisch verschieden war von der des Pfandgläubigers, so wenig hat die eigenliche Gewere einen andern Gehalt als die Lehns- oder Satzungsgewere, und für die Gewere, die ein Mann an seinem Eigenthum, an seinem Lehngut und an den Gütern seiner Frau hat, gelten durchaus die gleichen Grundsätze hinsichtlich Erwerbs und Verlusts, Schutzes u. s. f., obschon er das eine Gut kraft Eigenthums, das andre kraft Lehnrechts, das dritte als Vormund der Frau besitzt. Nicht minder verkehrt wäre es, wenn man diesen Ausdrücken zu Liebe irgend einen Einfluss der Gewere auf das dingliche Recht annehmen, das Eigenthum, das Lehnrecht u. s. w. durch die Gewere ich möchte sagen erst in Vollzug gesetzt sich denken wollte. Auf solcher unklaren Vorstellung beruht z. B. Gerbers Theorie von der Gewere, wonach den factischen Verhältnissen der juristische Stoff nur äusserlich beigemischt werde, das heisst wohl: wonach man aus den verschiedenen thatsächlichen Verhältnissen wie Eigenthumsübertragung, Belehnung, Zinsleihe, Verpfändung u. s. w. nicht besondre dingliche Rechte (Eigenthum, Lehnrecht, Erbzinsrecht, Pfandrecht u. s. w.) abstrahiert habe, sondern sie nur in verschiedenen Arten von Besitz zu Rechtsverhältnissen habe werden lassen. An dergleichen ist gar nicht zu denken. Dass das deutsche Recht die dinglichen Rechte direct und nicht nur durch das Medium der Gewere erkannt und begriffen hat, davon giebt jede noch so unbedeutende Rechtsquelle Zeugniss. Das Einzige, was man sagen kann, ist, nicht dass eine Armuth des Rechts die rein juristische Erfassung der dinglichen Rechte gehindert hat, sondern dass die Armuth der Rechtssprache keine Kunstausdrücke für diese Rechte erfunden hat. Kehren wir noch einmal zu jenen Bezeichnungen eigenlike gewere u. s. w. zurück, so drücken sie wie bemerkt keineswegs das abstracte Recht an der Sache aus und sind ebensowenig ein bloser Nothbehelf für die Bezeichnung eines Rechtsverhältnisses, welches die Stelle des nicht zum Bewusstsein gebrachten Rechts vertritt, sondern sie

sind der passende und auch ganz correcte Ausdruck für den factischen Zustand, der als Wirkung des betreffenden Rechts erscheint, und die Quellen sind weit davon entfernt, da, wo sie vom Beweise der eigenlichen oder der Lehnsgewere reden, an den Beweis des Eigenthums oder des Lehnrechts zu denken, einen Beweis, den man überhaupt nicht führen kann, sondern sie meinen wirklich den Beweis, dass man in Folge Eigenthumserwerbs oder Belehnung besitze. Die betreffenden Stellen nämlich beziehen sich auf den Fall, wo der Beklagte, weil der Kläger nichts den Rechtstitel des Gegners Zerstörendes vorbringen kann, auf Grund seiner Gewere zum Beweise selbsiebent gelangt. Das Beweisthema nun lautet schon in fränkischer Zeit, wie wir im ersten Buch gesehen haben, nicht: rem suam propriam esse, sondern: se investitum esse ad proprium, ad beneficium, und die wörtliche Uebersetzung davon ist: er habe die eigenlike Gewere, die Lehnsgewere. Diese Fassung des Beweisthemas ist in Uebereinstimmung mit der Thätigkeit der sechs Zeugen, welche nämlich ihre eigene Kenntniss von dem Beweissatz bezeugen müssen. Nun können sie aber unmöglich bezeugen, dass der Beklagte das fragliche Recht habe, sondern nur, dass er in Ausübung dieses Rechts, also auf Grund eines Rechtserwerbsactes, die Sache besitze. Das Nähere hierüber muss dem § 16 vorbehalten bleiben.

Erscheint es aber als unstatthaft, anzunehmen, dass die dinglichen Rechte bei den Deutschen nur in der rechtlichen Anerkennung der Gewere zur juristischen Würdigung gekommen seien (oder wie man nun diese Idee formulieren mag, denn unklare Vorstellungen können nie klar gefasst werden), so ist es nothwendig ebenso unzulässig, ein solches aus Recht und Besitz combiniertes Zwitterverhältniss wieder als die Grundlage andrer Rechtsinstitute zu behandeln. So wenig also die Gewere die Grundlage des deutschen Sachenrechts ist, so wenig ist z. B. die sog. Gewere zu rechter Vormundschaft die Grundlage des sächsischen ehelichen Güterrechts. Da diese Theorie Albrechts wieder neuerdings von Agricola weit-

läuftig ist zu begründen versucht worden, so mögen einige Worte darüber gestattet sein. Ich zweifle schon überhaupt, ob man von Gewere zu rechter Vormundschaft als technischem Begriff reden darf. Die Stelle, aus welcher der Ausdruck stammt, Ssp. I, 31, § 2, sagt: der Mann nehme in seine Gewere alles Frauengut zu rechter Vormundschaft, das heisst schon an sich nicht, er nehme es in eine specifische „Gewere zu rechter Vormundschaft", sondern er nehme es in seinen Besitz kraft vormundschaftlichen Rechts. Schon diese Wahrnehmung lässt uns Widerspruch erheben gegen Agricola S. 12: die juristische Form für das Recht des Mannes bilde seine Gewere am Frauengut, im Gegensatz zu der gesammten Hand des fränkischen Rechts. Aber nicht Gewere und gesammte Hand, sondern Vormundschaft und gesammte Hand sind die Gegensätze, denn Vormundschaft ist eigentlich Vorhandschaft, und der Vorhand des Mannes steht die gesammte Hand der Eheleute gegenüber. Wie die eheliche Vormundschaft die Gewere des Mannes zur Folge hat, so erzeugt die gesammte Hand die Gewere der Gesammthänder, wie das Ssp. Lehnr. 32, § 1 deutlich sagt: of sie't mit samender hant untvat unde gelike were dar an hebbet, oder Richtst. Lehnr. 28, § 2 ene samende were nennt, oder das Glogauer Rechtsbuch 22 von Gut redet, das der Mann mit der Frau in samppter were besitzt. Daher müsste wenigstens Agricola der Gewere zu rechter Vormundschaft nicht die gesammte Hand, sondern die Gesammtgewere der Gesammthänder entgegensetzen; dass er es nicht thut, zeigt schon die Unklarheit und Inconsequenz seiner Theorie, und bestärkt mich in dem Satze: das Princip des sächsischen ehelichen Güterrechts ist die Vormundschaft,[1])

[1]) Und zwar die Vormundschaft in der alten strengen Weise, wie sie zur Zeit des Ssp. noch in der Ehevogtei erscheint. Die Geschlechtstutel über unverheirathete Frauenspersonen hat damals schon einen wesentlich abgeschwächten Character, wie Ssp. I, 45, § 2 deutlich zeigt. Die Beschränkung der Ehefrau ist Folge der im Interesse der Ehe strenger gebliebenen und daher zur Zeit des Ssp. allerdings von der gewöhnlichen Vormundschaft über Weibspersonen schon abweichenden

und die Gewere ist nicht das Princip, die „Signatur“, sondern nur eine nothwendige Folge des Princips, indem aus dem strengen Character der Ehevogtei als einer dem Mann die Nutzung gebenden Gewalt sich von selbst die Gewere ergiebt: weil er das Gut in nut und gelde hat, hat er die Gewere. Im fränkischen Recht dagegen ist diese Nutzungsvormundschaft (tutela usufructuaria) des Ehemanns zurückgetreten vor der gemeinsamen Nutzung der Eheleute, darum hat auch consequenterweise der Mann nicht mehr allein die Gewere und darum hat der Schwabenspiegel die bezüglichen Stellen des Sachsenspiegels geändert. Die Gewere des Mannes im sächsischen, die der Eheleute im fränkischen Recht ist also blos nothwendige Folge des in der Vormundschaft liegenden Gegensatzes, nicht der ursprüngliche Gegensatz selbst; [1]) das ergiebt sich unzweideutig daraus, dass die Veräusserungsbeschränkung der Ehefrau und die Verfügungsfreiheit des Mannes über das Frauengut in den Ehevogteirechten des Mannes ihren Grund haben. Selbst Agricola 73 giebt das zu: „Ihre (der Ehefrau) einseitigen Dispositionen sind an sich gültig, und nur vom Mann anfechtbar, weil und soweit seine vormundschaftlichen Rechte dadurch verletzt werden“ (nicht

ehelichen Vormundschaft des Mannes. Und diese Ehevogtei bedingt mit Nothwendigkeit die Gewere des Mannes am Frauengut, sonst wäre sie nur ein Schein. Vgl. v. Martitz, d. ehel. Güterr. des Ssp. S. 80 ff. und Behrend, Stendaler Urtheilbuch, S. 53.

[1]) Im Grunde schimmert das bei Agricola selbst immer wieder durch, z. B. S. 72: „Die Gewere bildet, wenn nicht den Grund, doch in eigenthümlicher Weise (!) die Voraussetzung“. Auch Agricola ist an der Unklarheit über das Wesen der Gewere gescheitert; sobald man, wie auch er, in der Gewere ein Besitzrecht sieht, ist man verloren. Daraus ist ihm z. B. S. 72 der unglückliche Satz entsprungen, der die ganze Ausführung beherrscht: „Wem die Gewere rechtlich zukommt, dem wird damit ein Recht auf Nutzung, Genuss, Verwaltung, Disposition zugesprochen“. Auch hier der Grundfehler, den wir bei Stobbe so scharf ausgesprochen fanden, die Quelle alles Irrthums, die Verwechslung von Ursache und Wirkung: nicht die Gewere erzeugt die Nutzung (von Disposition gar nicht zu reden), sondern sie ist das thatsächliche Ergebniss der Nutzung.

also seine Gewere). Zu dieser Aeusserung hat sich Agricola bequemt trotz Ssp. I, 45, § 2: En wif ne mach ane irs mannes gelof nicht ires gudes vergeven, durch dat he mit ir in den geweren sit. Und in der That wäre es gefehlt, aus dieser Stelle die Gewere des Mannes als Grundlage der Verfügungsbeschränkung der Frau zu deducieren, denn der Sinn ist nur der: Ehefrauen können über ihr Gut nicht verfügen, weil der Mann vermöge seiner Ehevogtei die Nutzung hat (d. h. in der Gewere sitzt). Ebensowenig darf man mit Agricola S. 125 aus Ssp. I, 31, § 2 ableiten, dem Ehemann sei „eine Gewere von besonderm Inhalt, von besonderer Eigenschaft" beigelegt, und „dem Sachsenspiegel erscheine also die Gewere zu rechter Vormundschaft als eine von besonderm Rechtsinhalte". Ich kann, wie schon oben bemerkt, zwischen der Gewere, die der Mann an seinem eigenen Hofe, und der, welche er an einem Gut der Frau hat, keinen Unterschied entdecken, sondern nur zwischen dem Recht, das er an seinem Hofe, und dem, welches er am Frauengut hat. Dem widerspricht auch Ssp. I, 31, § 2 nicht. Kein Weib, sagt diese Stelle, kann dem Mann zu Präjudiz ihrer Erben etwas schenken,

> wende die man ne mach an sines wives gude nene andere were gewinnen wen alse he to dem irsten mit ire untvieng in vormuntscap.

Das heisst auch wieder nichts anderes als: der Mann kann keine andere Nutzung am Gut erwerben als die ihm die Ehevogtei giebt. Uebrigens trage ich auch kein Bedenken zu behaupten, dass diese Stelle sowohl wie die vorhin besprochene (Ssp. I, 45, § 2) ungenau sind, und dass sie eine äusserliche Wirkung des leitenden Princips über Gebühr hervorheben und selbst dem Grundprincip substituieren. [1]) Aber

[1]) Wenn Dsp. 66 und Schwsp. (L. 74, W. 59) den Schlusssatz von Ssp. I, 45, § 2 (durch dat he mit ir in den geweren sit) ändern in: daȥ ist davon daȥ er ir voget ist, so beruht diese Aenderung, wie von selbst ersichtlich ist, nicht auf dem entgegengesetzten süddeutschen Princip der gesammten Hand, sondern ist eben in der That eine correctere, juristisch richtige Motivierung.

dass dieselbe nicht in der Rechtsanschauung als eigentliches Grundprincip lebte, dass man sich vielmehr des richtigen Princips, der Kraft der ehelichen Vormundschaft, völlig bewusst war, zeigen die sächsischen Rechtsquellen deutlich. Denn obschon jener Satz des Ssp. I, 31, § 2, dass der Mann keine andere Gewere am Frauengut gewinnen könne als die er zuerst empfieng, in die spätern sächsischen Quellen übergegangen ist (z. B. Glogauer RB. 71 u. 72), und in den magdeburgischen Schöffenurtheilen immer wörtlich citiert wird, so zeigen doch die Verhandlungen, die diesen Urtheilen vorausgehen, dass nicht die Gewere, sondern die Vormundschaft als das massgebende Princip des ehelichen Güterrechts angesehen wurde. Man vergleiche

Wasserschleben, S. 137, c. 4: Ein Sohn (Fritz) klagt auf Herausgabe mütterlichen Guts, das sein Vater veräussert hat: erbe und gut, das seyn vater emphing yn vormundeschafft von seyner muter wegen. Der Sohn hofft, is sey an en geerbit das seyn vatir yn vormundeschafft seyner muter wegen hat behalden. Nu bitte euch Friczcze eynes rechten czu fragin, ab her des gutis icht neir sey czu behaldin noch seynes vatir tode, das seyne mutir uff en geerbit hat alzo alz seyn vatir das gut mit Friczczen behilt yn vormundeschafft. Hier kein Wort von Gewere, sondern das einzig Massgebende ist die Vormundschaft. Der Kläger ruft dann allerdings Ssp. I, 31, § 2 an und das Gericht entscheidet mit dem Motiv dieser Stelle zu seinen Gunsten, aber gerade die von der Gewere ganz absehende Ausführung der Klage zeigt, dass nicht die Gewere von Vormundschaft wegen, sondern die Vormundschaft das Entscheidende ist.

Umgekehrt Wasserschleben S. 201 in einem Streit über einen Hof, den der Bruder des verstorbenen Ehemanns von diesem gekauft hat und die beklagte Ehefrau als ihr Eigenthum anspricht, behauptet ge-

mäss Ssp. I, 31, § 2 die letztere beständig, ihr Mann habe das Gut nicht verkaufen können, weil er keine andre Gewere gewonnen habe als von Vormundschaft wegen, aber das Urtheil gebraucht diese Motivierung nicht, sondern stellt ganz correct darauf ab, dass das ir andirstorbin gut ist und sie das haus Hertiln (dem Ehemann) nicht uffgelassen habin, betont also das Eigenthum der Frau gegenüber der Vormundschaft.

Wasserschleben S. 203 heisst es von einem Ehemann, der auf ein von der Frau in die Ehe gebrachtes Haus Baukosten verwendet hat, das ich meyn geld alzo in vormundeschafft doran vorbawet und von dem phandrechte gelost habe, und im Urtheil: ir seyt bey ewirm gelde das ir doran alz eyn vormunde geleget, vorbawet und von dem phandrechte gelassen habit.

Wasserschleben S. 219 sagt eine Partei: der man hat an dem hawsꝫe keyne andir gewere ny gewonnen noch gerechtikeyt wenne yn vormundeschafft seynes weybis, will also die Ungenauigkeit, die sie in dem Ausdrucke von Ssp. I, 31, § 2 erblickt, verbessern durch den Zusatz: noch gerechtikeyt.

Dergleichen Wahrnehmungen berechtigen wohl zu der Behauptung, dass Ssp. I, 31, § 2 und I, 45, § 2 keine correcten Fassungen sind. „Nichts, sagt Agricola 76, kann irriger sein als wenn man meint, dass die Gewere zu rechter Vormundschaft ein theoretisches Gebilde Eykes von Repgow sei". Ich bin damit vollständig einverstanden in dem Sinne, dass sie rein und ausschliesslich ein theoretisches Gebilde der modernen Germanisten ist, welches über Bord zu werfen an der Zeit wäre.

Auf gleicher Linie mit der ehelichen Vormundschaft steht übrigens die väterliche und Anfangs wenigstens noch (d. h. solang sie tutela usufructuaria ist) die über Minderjährige. Darum hat auch der Vater und der Altersvormund die Gewere

am Kindergut, und wie eine belehnte Frauensperson durch ihre Heirat ihr Lehngut in die Gewere des Mannes bringt, so hat der Vater das Lehn seiner Kinder in der Gewere.

> Ssp. Lehnr. 74, § 1: Hevet en man gut in geweren sunder lenunge von vormuntscap sines wives oder kindes.

Die Gewere des Altersvormunds am Gute Minderjähriger finde ich am bestimmtesten in einem Weisthum von Altenbruch, Lüdingwort und Nordleda ausgesprochen:

> Grimm, IV, 707, § 56: De vormünder schal ehr gut beholden in siner wehre wente so lange dat se kamen to 14 jahren, so kamen de kinder in de fullenkahmen wehre des gudes. § 57. Sind averst de kinder bearvet mit mangeld edder mit mangude, dar schalen de kinder nene wehre an hebben ehe den 18 jahr.

Den Zusammenhang der Gewere des Altersvormunds mit seinem alten weitgehenden Nutzungs- und Erbrecht am Mündelgut zeigt ein Iglauer Schöffenspruch bei Tomaschek, No. 305 (vergl. No. 297), wo die Vormünder eines verstorbenen Kindes, weil sie in Gewalt und Gewer des Guts seien, das Eigenthum daran behalten zu dürfen behaupten. Dieser Schluss ist freilich falsch, denn nicht aus der Gewere folgt das Recht, sondern aus dem Recht die Gewere. Das Urtheil motiviert denn auch anders. Jedesfalls aber ist auch hier die Gewere des Vormunds am Mündelgut während des Bestandes der Vormundschaft unbezweifelt.

Gemäss dem Begriff der Gewere als des in Nutzung Habens hört übrigens der Vormund Minderjähriger auf in Geweren zu sein, sobald er die Nutzung verliert und darüber Rechnung stellen muss, also die Vormundschaft aufhört usufructuaria zu sein. Von da an ist der Vormund nur noch Stellvertreter in der Gewere des Mündels.

Die Vormundschaft des Ehemanns und des Vaters endlich ist in Bezug auf Lehngüter nicht mit der Lehnsvormund-

schaft über unverheiratete Frauenspersonen gleichzustellen, von der S. 118 die Rede war. Während diese letztere (wie die Vormundschaft über unverheiratete Frauenspersonen zu dieser Zeit überhaupt) den Vormündern keine Nutzung und keine Gewere giebt und der Vormund durch besondre Belehnung mit der bevormundeten Person in das Lehnsverhältniss aufgenommen wird, giebt die Vormundschaft des Ehemanns als Ehevogtei und kraft des in ihr liegenden Princips dem Manne die Nutzung und die Gewere auch an dem von der Frau in die Ehe gebrachten Lehngut und bedarf er keiner Belehnung, das Gut kommt sunder lenunge (Ssp. Lehnr. 74, § 1) in seine Gewere.

Und nun noch ein Wort über die Leibzuchtsgewere, der Albrecht einen besondern Paragraphen widmet, freilich mit der unrichtigen Basis, dass die Frau sofort im Augenblicke des vollzogenen Geschäftes die Gewere erwerbe. Das ist falsch, und überhaupt hat die Leibzuchtsgewere nichts Eigenthümliches. Die Frau hat bei Lebzeiten des Mannes keine Gewere am Leibzuchtsgute, weil der Mann in der Nutzung desselben bleibt. Gegen Veräusserung durch den Mann kann die Frau Einspruch erheben nicht vermöge ihrer angeblichen Gewere, sondern vermöge des ihr constituierten Rechts;[1]) wenn der Mann stirbt, so erbt der Sohn auch die Gewere des Leibzuchtsgutes, denn der Vater vererbt auf den Sohn die Gewere des Guts sammt dem Gute, d. h. sammt dem Rechte, das er daran hatte; die Witwe kann daher gegen den Sohn, der ihr das Gut nicht überlassen will, klagen, aber wieder nicht auf Grund ihrer Gewere, die sie noch nicht hat, sondern auf

[1]) Stobbe 450 sagt daher mit Unrecht: „für den Leibzüchter tritt die dingliche Wirksamkeit nicht gleich mit der Auflassung, sondern erst dann ein, wenn er nach dem Tode des Erblassers ein jus praesens auf den Besitz erhalten hat“. Eine Confusion, die mit der „von allen frühern abweichenden“, in der That unverständlichen Ansicht Stobbes über die Entstehung der Gewere als Besitzrechts aus der Auflassung zusammenhängt. Denn in der That wird durch die Auflassung das dingliche Recht vollkommen wirksam begründet.

Grund ihres Rechts. Dass die Frau erst nach dem Tode des Mannes in die Gewere am Leibzuchtsgute tritt, zeigt zum Ueberfluss unter Anderm

> Ssp. Lehnr. 2, § 3: kumt en wif in die gewere des gudes na des dode die it ire gedinget hadde to irme lieve (erläutert durch Richtst. Lehnr. 25, pr.).

Nur bei Constituierung einer Leibzucht an Lehngut liebte man einen andern Weg einzuschlagen, indem der Mann, um die Frau vor allen Gefahren zu sichern, welche bei Lehnsfall eintreten konnten, sie mit dem Gut beleihen und sich zu gesammter Hand mit ihr in die Lehnung aufnehmen liess (Homeyer, II, 2, S. 362).

> Richtst. Lehnr. 25, § 1 i. f. Wan en man sineme wive lifgedinge led ligen, so let he dat gud up unde untfanget dat wedder med der vrowen, so heft he den herscilt unde dat len, unde de vrowe heft dat sulve len unde de gewere.

Hiedurch wird also völlig dasselbe Verhältniss begründet, welches gemäss dem mit dieser Stelle fast gleich lautenden Art. 56, § 5 des sächs. Lehnrechts zwischen einer unverheirateten Frauensperson und ihrem Lehnsvormund besteht. Die Frau tritt nämlich hinsichtlich ihres Leibgedings als Hauptperson in das Lehnsverhältniss ein, so dass durch den Tod des Mannes das Lehn nicht erledigt wird, und z. B. die Frau nicht durch ein Gedinge in Verlegenheit gesetzt wird.

Endlich hier noch die Bemerkung, dass in süddeutschen Rechten der Frau schon bei Lebzeiten des Mannes eine Gewere an der Morgengabe, die dort aus Immobilien, besonders Gülten bestand, zugeschrieben wird, was sich von selbst rechtfertigt da, wo die Morgengabe Sondergut der Frau wird und sie mit besonderm Vogt darüber verfügt selbst bei Lebzeiten des Mannes (Heusler, die Bildung des Concursprocesses, in der Zeitschr. für schweiz. Recht, VII, S. 205). Zweifelhaft ist die Sache nach

> Bayr. Landr. 131: Ez sol ain iglich fraw, die be-

morgengabt wirt, alle die gewer haben, die ir wirt gehabt hat an der morgengab, an das der wirt der nücz gewaltig sol sein, die weil er lebt.

Hier scheint doch, namentlich wenn man 133 hinzunimmt (wenn ain fraw irer morgengabe siczt nach irs wirtz tod in rechter nücz und gewer), anzunehmen, dass die Frau erst nach des Mannes Tode in die Gewere eintritt (undeutlich Schröder, Gesch. des ehel. Güterrechts, II, 1, S. 44).

Aus den Ergebnissen dieses Capitels, besonders dem Zusammenhalt der §§ 8 und 10, sollte nun, ohne dass weitere einlässliche Begründung nöthig wäre, Klarheit gewonnen sein über die Frage, wiefern gleichzeitiger Besitz (Gewere) Mehrerer an derselben Sache möglich ist, wiefern dagegen nicht. Weil nur wer die Nutzung hat, in Geweren ist, andrerseits aber auch Nutzung zu beliebigem dinglichen Recht genügt und es keiner Nutzung mit sog. animus domini bedarf, um die Gewere zu verschaffen, so können mit einander an derselben Sache concurrieren die eigenliche Gewere des Lehnsherrn, die Lehnsgewere des oder der (mehreren) Vasallen und die Zinsgewere des Zinsmanns, denn alle drei haben die Nutzung und sind deshalb in der Weise und in den Schranken, wie es § 8 angegeben ist, Besitzer. Dagegen können nicht mit einander an derselben Sache zusammentreffen die eigenliche Gewere der Ehefrau mit der vormundschaftlichen Gewere des Ehemanns, oder die eigenliche Gewere der Söhne mit der Leibzuchtsgewere der Mutter, oder die eigenliche Gewere des Schuldners mit der Satzungsgewere des Gläubigers. In diesen Fällen haben eben Ehefrau, Söhne, Schuldner überhaupt keine Gewere, weil sie das Gut nicht in Nutzung haben, folglich auch keine eigenliche Gewere, wohl aber Eigenthum, in Bezug auf welches sie jedes ihnen gebührenden Rechtsschutzes geniessen. Mit dem römischen Recht verglichen entspricht die Vormundschafts-, Satzungs- und Leibzuchtsgewere dem sog. abgeleiteten Besitz, der ja auch die possessio des Eigenthümers

aufhebt, während aus den früher erörterten Gründen die Lehns- und Zinsgutgewere im römischen Rechte höchstens in der quasipossessio eines dinglichen Rechts am Gute einen Ersatz findet. Die verwirrende Auffassung Albrechts von der Eigengewere der Ehefrau u. s. f. muss daher ganz dahinfallen. Aber auch Stobbe übersieht den Unterschied zwischen dem Verhältniss von Eigen- und Lehnsgewere einer- und Eigen- und Satzungs- oder Leibzuchtsgewere andrerseits, wenn er S. 466 sagt: „Sowie durch die Belehnung die Lehnsgewere auf den Vasallen übergeht, so erhält durch die Auflassung der Erwerber die Gewere und es besteht neben derselben keine Eigenthumsgewere, sondern nur das Eigenthum des auflassenden Veräusserers. Es giebt also keine Gewere des Eigenthümers, wenn auf einen andern durch die Auflassung das Recht als Pfandgläubiger, Leibzüchter u. s. w. zu besitzen übergegangen ist“. Abgesehen von der Unrichtigkeit, dass der Lehnsmann durch die Belehnung die Lehnsgewere, der (landrechtliche) Erwerber durch die Auflassung die Gewere erhalte (denn beide erhalten sie erst wie wir sehen werden durch die Einweisung und Besitzergreifung), ist auch die Gleichstellung von Belehnung und Auflassung falsch, wie ebenfalls in § 11 a. Anf. zu zeigen ist. Damit erhält die ganze Parallele Stobbes schon von vorneherein etwas Schiefes und Unsicheres, was dann noch dadurch vermehrt wird, dass der Grund, wann und wie die Gewere des Lehnsherrn neben der des Vasallen zur Anerkennung kommt, nicht klar erkannt ist. Denn wenn Stobbe S. 465 sagt: der Lehnsherr hat keine Gewere, sondern rechnet sich im Streit die Gewere zu, welche ein Andrer von ihm hat; bei einem solchen Streite ist es gleichgültig, ob man die Gewere für sich behalten hat oder sie ein Andrer statt seiner ausübt“, so ist das ein höchst bedenklicher Satz und muss nothwendig zu den grössten Irrthümern führen, sobald man ihn auf den Pfandschuldner, die Ehefrau u. s. f. anwendet, auf die er ja gerade ebenso gut passt. Wie schon oben S. 130 f. gezeigt wurde, rechnet sich

der Lehnsherr nicht die Gewere des Vasallen an, um überhaupt eine Gewere zu haben, sondern er hat vermöge seiner Nutzung nach aussen eine eigene Gewere. Die Ehefrau aber oder der Pfandschuldner haben überhaupt keine Nutzung und darum keine Gewere, wesshalb auch der Ehemann und der Gläubiger nach keiner Richtung blos Stellvertreter im Besitz, sondern immer wirkliche Besitzer sind. Die Ehefrau und der Pfandschuldner kommen denn auch, abgesehen von der juristischen Unmöglichkeit, schon factisch gar nicht in den Fall, sich die Gewere des Ehemanns, des Gläubigers „anrechnen" zu müssen oder zu können. Eine lehrreiche Anwendung aller dieser Grundsätze mag zum Schlusse hier noch ihre Stelle finden. Bei Klagen um Gut ist, wie in § 16 noch gezeigt wird, der Besitzer, und zwar nicht der blose Detentor, sondern wer in Geweren ist, zu belangen. Erhebt also ein Dritter Klage auf Herausgabe eines verpfändeten Grundstückes, so stellt er seine Klage gegen den besitzenden Gläubiger an, welcher aber nicht gehindert ist, den Schuldner (Eigenthümer) als Gewährsmann herbeizuziehen. Dasselbe findet bei Leibzucht u. s. f. statt. Da bedarf also der Eigenthümer keiner Gewere, um sein Recht völlig zu wahren. Besteht an einem Gut eine Gewere Mehrerer, so bestimmt sich die Frage, wer zu belangen sei, darnach, welcher von diesen mehreren Besitzern durch die Klage zunächst in seinem Recht und Besitz angegriffen wird. So klagt derjenige, welcher von A mit dem streitigen Gut belehnt zu sein behauptet, gegen den Besitzer, der es von B als Lehn empfangen zu haben erklärt (Ssp. II, 42, § 1), und nicht gegen B selbst, weil sein Angriff das Eigenthum und damit die eigenliche Gewere des B. direct nicht berührt, und erst auf dem Wege der Herbeiziehung der beiderseitigen Gewährsmänner wird den beiden angeblichen Lehnsherrn Gelegenheit geboten, in diesem Processe ihr Recht zu wahren und den Streit geradezu in einen Process über ihr Eigen umzuwandeln. Von vorneherein ist dagegen der Lehnsherr Beklagter, wenn die Klage einen directen Angriff auf

seinen Besitz und sein Besitzrecht enthält, so z. B. wenn ein Dritter, das Lehnrecht und die Lehnsgewere des Vasallen am Gute anerkennend, dem Lehnsherrn sein Eigenthum streitig macht. Für die Handhabung in der Praxis sind keinerlei Schwierigkeiten damit verbunden. Ebenso wenig bewirkt irgend welchen Anstand in der Durchführung die Kreuzung der beiden Reihen von Land-, Lehns- und Hofgewere einerseits und Eigen-, Satzungs-, Vormundschafts-, Leibzuchtsgewere u. dgl. andrerseits. Jede dieser letztern kann im Land-, Lehn- und Hofrecht vorkommen und hat soweit Wirksamkeit, als das Gut überhaupt in dem betreffenden Rechtskreise rechtlichem Verkehr unterliegt.

Zweites Capitel.

Erwerb und Verlust der Gewere.

§ 11. Besitzeinweisung.

Wir haben für die fränkische Zeit drei Wege des Besitzerwerbs aufgestellt: Occupation, Besitzeinweisung und Erbgang. Auch für unsre Periode können wir uns mit diesen drei Arten begnügen. Von der Occupation ist weiter nichts zu sagen. Ich wende mich sofort zur Besitzeinweisung.

Wir müssen, um der herrschenden Verwirrung nicht anheimzufallen, drei Acte unterscheiden, welche meist nicht gehörig aus einander gehalten werden: die Abschliessung des eigentlichen Rechtsgeschäfts (Kauf, Tausch, Schenkung, Leihevertrag u. s. f.), die gerichtliche Auflassung und die Besitzeinweisung. Von diesen drei Acten sind uns der erste und der dritte nunmehr aus der Darstellung der traditio und der investitura in ihrem Verhältniss zu einander bekannt, jener als der rechtsbegründende, dieser als der besitzübertragende Act. Daran hat sich in der Periode der Rechtsbücher nichts geändert: der alten traditio entspricht der Abschluss des auf Uebertragung des Guts gerichteten Rechtsgeschäfts, die „gave" in Ssp. III, 83, § 3 (nicht nur für Schenkung, sondern gerade

in dieser Stelle für Verkauf gebraucht), oder die Satzung, Verpfändung, oder die Belehnung, Investitur, welche nicht, wie Stobbe 458 annimmt, der Auflassung im Landrecht, sondern der „Gabe“ gleich steht[1]); die investitura des fränkischen Rechts finden wir wieder in der oft und viel erwähnten Einweisung. Ebenso schon aus fränkischer Periode bekannt (oben S. 11) ist der gerichtliche Act der Auflassung, der sich auch jetzt wie schon damals in der Form eines Rechtsstreits vollzieht und mit einem Urtheil abschliesst. Ueber denselben hier einlässlich zu handeln, dient in keiner Weise zur Sache. Obschon ich die herrschende Meinung, dass nach dem Rechte des Sachsenspiegels die Auflassung zur Uebertragung des Eigenthums nothwendig gewesen sei, nicht theile[2]), so kann hier, wo wir es nicht mit dem Erwerb des Eigenthums zu thun

[1]) Wer darüber Zweifel haben könnte, vergl. Ssp. II, 44, § 2: gegeven oder gelegen, III, 83, 2: Svie en gut liet oder let (leiht oder zu Eigen tradiert); der Auflassung im Landrecht (Landgericht) entspricht vielmehr im Lehnrecht (Lehngericht) ebenfalls die Auflassung, die von der Belehnung immer unterschieden wird: Ssp. Lehnr. 23, § 3: mit lenunge oder mit sattunge noch mit uplatene. In Ssp. I, 9, § 1 und 2 ist loven en egen to gevene vor gerichte und loven gut up to latene vor sineme herren das Versprechen der gleichen Handlung, der Auflassung, je nachdem sie im Land- oder Lehngericht, in Beziehung auf Eigen oder auf Lehn, stattfindet. Und wie im Landrecht die Auflassung nur die gerichtliche Bestärkung des jeweiligen Rechtsgeschäfts (Kaufs, Tauschs, Schenkung u. s. w.), selber aber kein eigenthümliches Rechtsgeschäft ist, so nimmt sie auch im Lehnrecht nicht die eine Gestalt der Investitur an, sondern auch hier ist die Auflassung die Form für alle möglichen Geschäfte, für die Investitur wie für die Lehnsaufgabe Seitens des Mannes an den Herrn und für die Uebertragung von Mann an Mann.

[2]) Namentlich sagt das nicht die Hauptstelle Ssp. I, 52, § 1: ane erven gelof u n d e a n e e c h t d i n g ne mut nieman sin egen noch sine lüde geven. Die Stelle kann, da ihr Hauptaugenmerk auf das Einspruchsrecht des Erben gerichtet ist, und verglichen mit Ssp. I, 9, § 5 nur sagen: ohne gerichtliche Auflassung ist eine Veräusserung darum etwas Unvollkommenes, weil sie den Erwerber auf Jahre hinaus dem Widerspruch der Erben blosstellt, welche sich auf Unkenntniss der Veräusserung berufen. Das echte Ding schneidet das Vorschützen der Unkenntniss ab. Auch Ssp. III, 83, § 1 nöthigt nicht zu jener Annahme.

haben, diese Frage auf sich beruhen bleiben. Ob aber die Auflassung die Gewere verschaffe, gehört auch wiederum nicht an diesen Platz, sondern soll seine Besprechung und Erledigung finden bei der Frage, ob ein Gerichtsurtheil die Gewere giebt. Denn die Auflassung endigt mit einem Gerichtsspruch und findet in ihm erst ihre Bedeutung. Somit bleibt uns hier nur die Frage übrig, ob die Gewere schon durch das der alten traditio entsprechende Rechtsgeschäft (Gabe, Belehnung, Satzung) in der Person des Erwerbers (Beschenkten, Käufers, Belehnten, Pfandgläubigers) begründet werde oder nicht, und diese Frage kann hier so wenig zweifelhaft sein als im alten Recht. Die Gewere ist mit diesem Act noch nicht erworben, wie es namentlich bestimmt für die Belehnung bezeugt ist.

Ssp. Lehnr. 10, § 3: Svenne en herre sinem manne gut bewisen let, dat he ime liet, tohant hevet die man die gewere an deme gude, die des herren was er he't ime gelege (für letzteres richtiger Auctor Vetus I, § 30: ante demonstrationem beneficii).

Schwsp. Lehnr. 20 Parallelstelle zur vorigen.

Schwsp. Lehnr. 158: Swer ein niweȥ lehen enphahet, daȥ niht vater lehen heiȥet, noch sin gedingede nit enist, der sol den herren biten, daȥ er im wisunge dar vf gebe, so hat iesa er gewer an dem lehen.

Bei Lehn mit Geding erfolgt keine Einweisung, daher hat der Gedingsmann keine Gewere (Homeyer, II, 2, 331).

Die bewisunge (Einweisung) oder demonstratio, mit welcher nach diesen Stellen die Gewere erworben wird, ist nichts anders als die fränkische investitura, wie sich denn für sie auch noch die alten vestitores (Einweiser) erhalten haben (Homeyer, II, 2, S. 395). Ueber die Einweisung bei Belehnung mit Rechtsamen siehe unten § 21. Bezweifelt werden darf, ob eine förmliche Einweisung regelmässig stattfand. Richtig sagen wir vielleicht: die Einweisung braucht sich nicht durch ein förmliches Hinführen an Ort und Stelle, ein ducere in corporalem possessionem (Gercken, Cod. dipl. Brandenb. III, 165)

zu äussern, sondern kann durch bestimmte Bezeichnung des Guts, Anzeige an die Zinsbauern u. s. w. erfolgen. Damit ist keineswegs gesagt, dass die Gewere schon mit der Belehnung erworben sei, im Gegentheil muss sie sicherlich noch durch Besitzhandlungen gewonnen werden, nur ist die feierliche Einweisung nicht nöthig. Und in gewissen Fällen wird ausdrücklich der Lehnsmann berechtigt erklärt, die Wirkung der ihm verweigerten Einweisung dadurch sich zu sichern, dass er sich selbst des Gutes unterwindet, Ssp. Lehnr. 10, § 4 und sonst.

Geht aus allem Dem zur Genüge hervor, dass die Belehnung nicht die Gewere giebt, sondern solche erst aus der Einweisung oder Unterwindung des Guts dem Belehnten entsteht, so ist nicht minder auch im Landrecht der Erwerb der Gewere identisch mit der Besitzeinweisung.

> Ssp. I, 9, § 5: Sve ok dem anderen gut in siner were let . . .

„Gut in die Gewere lassen" ist der Ausdruck für Besitz übergeben, wie z. B. Ssp. III, 83, § 3 sagt, der auf Herausgabe des Guts Belangte solle seinem Gewährsmann, der ihn vertritt, das Gut in seine Gewere lassen, d. h. den Besitz des streitigen Guts übergeben und ihn damit in die Beklagtenrolle eintreten lassen. Demgemäss zeigt

> Ssp. III, 82, § 2: Svie en gut enem anderen gift unde let it in sine gewere

die zwei Acte der Tradition und der Investitur, das Geben und die Besitzeinweisung. Vergl. noch

> Urk. v. 1197 bei Kindlinger, Münster. Beiträge, III, 1, No. 38: nostrum nuncium ordinavimus, qui eos in bonorum adduceret possessionem.
>
> Urk. v. 1249, ebenda No. 69: misimus in possessionem.

Muss also, was übrigens schon der Natur der Sache nach nicht kann bezweifelt werden, feststehen, dass die Veräusserung nicht den Besitz giebt, so möchte sich nur für die Fälle ein Bedenken erheben, wo der Erwerber überhaupt gar nicht gesonnen ist, das Gut selbst in thatsächliche Detention zu nehmen,

sondern den bisherigen factischen Bestand belassen will, also die zahlreichen Fälle, wo Jemand ein von einem Zinsmann bewirthschaftetes Gut kauft in der Absicht, das bisher zwischen Veräusserer und Zinsmann bestandene Verhältniss an Stelle des erstern aufzunehmen, oder der Lehnsherr ein ihm ledig gewordenes, vom verstorbenen Vasallen zu Zins ausgegebenes Lehn wieder verleiht und der neue Vasall den Zinsmann auf dem Gute sitzen lässt, oder ein Kloster mit einem andern Güter abtauscht, deren Colonen unbehelligt bleiben. Mochte es da wirklich nothwendig erscheinen, noch eine Besitzeinweisung vorzunehmen, die doch nur den Character einer Formalität gehabt hätte? Was das Lehnrecht betrifft, so muss man, scheint mir, die Nothwendigkeit der Besitzeinweisung auch für diese Fälle festhalten, und das um so mehr, je ausnahmsloser sie in den Lehnrechtsdarstellungen als Bedingung der Gewere aufgestellt wird, obschon die Verfasser solche Fälle wie die erwähnten genug vor Augen hatten. Dagegen soll nicht geläugnet werden, dass die Praxis in solchen Fällen die Formalitäten der Einweisung abschwächen mochte, z. B. durch Anweisung des Zinsmanns zur künftigen Zinszahlung an den neuen Erwerber u. dgl. Dasselbe muss gewiss auch für das Landrecht gelten, auch hier ist Besitzeinweisung jetzt so gut wie in fränkischer Zeit, wo wir die Bischöfe und Aebte persönlich oder durch Boten auf das geschenkte Grundstück gehen und von ihm Besitz ergreifen sehen, als grundsätzlich nothwendig zum Erwerb der Gewere zu betrachten, obschon auch hier, und hier vielleicht noch mehr als im Lehnrecht, die Praxis davon Umgang nehmen mochte, selbst auf die Gefahr hin, dass der Erwerber bei allfälligem Streit über das Gut Mühe hatte, die Gewere zu beweisen und damit sich die Beklagtenrolle zu erhalten, wenn sie ihm bestritten wurde, indem die Nachbarn, auf deren Zeugniss es meist ankam, sich weniger erinnerten oder gar nichts wussten, wenn keine förmliche Besitzeinweisung stattgefunden hatte.

Dieser Ansicht steht der seit Albrecht oft und viel be-

sprochene Zweifel gegenüber, ob nicht zur Erlangung der Gewere nicht nur eine förmliche Besitzergreifung, sondern sogar ein dreitägiges Sitzenbleiben auf dem Gute nothwendig gewesen sei. Und es lässt sich ja nicht läugnen, dass gerade in solchen Fällen, wo der neue Erwerber nicht in die ledigliche Gewere eintrat, sondern das Gut dem bisherigen Lehns- oder Zinsmann liess, ein solcher während drei Tagen fortgesetzter Besitz hätte passend scheinen können, um die Besitznahme recht deutlich zu documentieren. Die Hauptstelle, welche zu diesem Zweifel Veranlassung gegeben hat, ist

> Ssp. III, 83, § 1: Svat man enem manne oder wive gift, dat solen sie besitten dre dage. Svat sie mit klage irvorderet, oder uppe sie geervet wert, des ne dorven sie nicht besitten.

Die Sache selbst ist aber weit älter, schon in fränkischen und bayrischen Urkunden der fränkischen Zeit wird dieses dreitägige Besitzen erwähnt, Meichelbeck, No. 412, 423, 456, 467 (vergl. oben S. 12 und 20 Note 2), sodann in sächsischen spätrer Zeit, z. B. 1187: quod Ewerwinus pidellus trium dierum possessionem vendicaverit proprietatis (Kindlinger, münster. Beitr. III, 1, No. 27); nach andrer Richtung erscheint es dann in den spätern Quellen, namentlich scheint mir bezeichnend

> Magdeb. Bresl. R. v. 1295, § 5 (= syst. Schöffenr. III, 2. 80, Culm III, 110, Glogauer RB. 136): Wirt einem manne sin gut gevronet mit rechte, daȥ sal jener besitzen der iȥ in de vrone gebrach hat, mit der vrone dri tage unde nacht dar nach so sal he daȥ gut uf bieten ȥu dren dingen
>
> Goslar. Stat. S. 27, Z. 15 f. Weme en eghen wert ghesat, dat scal he upbeden unde scal sik des laten vrede werken vor gherichte ... unde dat besitten dre dage unde dre nacht. We ervegut upgheboden heft, de scal dat dar na holden dre daghe unde dre nacht er he sik des late vrede werken.

Bei Betrachtung dieser Stellen muss man den Gedanken

aufgeben, als hätte dieses dreitägige Sitzenbleiben dazu dienen sollen, dem Erwerber gegenüber Dritten erst die Gewere zu verschaffen oder das Dispositionsrecht zu geben, vielmehr kann es nur, wie übrigens nach der Darstellung Sohms, fränk. Reichs- und Gerichtsverfassung, S. 365 nicht mehr anzuzweifeln ist, nur die Bedeutung haben, dass sich der Erwerber dadurch gegen spätere Einsprüche des Veräusserers sowohl als Dritter, die im Gericht anwesend sind, sichert. Die drei Tage sind die Dauer des echten Dings, die ein Erwerber bei der Auflassung, welche sich in der Form eines Rechtsstreits bewegt, auswarten muss. Darum ist die sessio triduana ausgeschlossen, wo keine Veräusserung und somit keine Auflassung vorhanden ist: bei Aburtheilung und Beerbung. In der Anwendung des Magdeb. Rechts ist dieser dreitägige Termin ein tempus utile für den bisherigen Inhaber, hauptsächlich eine Lösungsfrist bei Frönung, wie das die citierte Stelle des Glogauer Rechtsbuchs besonders nahe legt. Offenbar ist die sessio triduana schon zur Zeit des Sachsenspiegels nicht mehr ein in lebendiger Kraft stehendes Institut, sondern mehr eine aus der alten Gerichtsverfassung erhaltene Antiquität. Namentlich in dieser zuletzt hervorgehobenen Anwendung trägt es den Keim des Untergangs in sich, die Frist von drei Tagen erscheint zumal für die Lösung von Pfand und gefrontem Gut zu kurz, und wird in den meisten Stadtrechten bald durch vierzehntägige Fristen ersetzt. Jedesfalls aber ergiebt sich aus der ursprünglichen Bedeutung der sessio triduana, dass sie nur für die Auflassung, dagegen weder für Tradition noch für Investitur in Betracht kam, und somit auch im spätern Mittelalter nicht für den Erwerb der Gewere nothwendig gewesen ist.

Weniger sicher muss ich mich bekennen hinsichtlich jenes Besitzes von Jahr und Tag, welcher bei Lehnsauftrag dem Oberherrn angerathen wird, bevor er das Lehn weiter verleihe. In den Fällen nämlich, wo Jemand sich eines Gutes entäussert, um es von dem Empfänger wieder zu abgeleitetem Rechte zurückzuerhalten, sei es dass er das Eigenthum auf-

giebt, um das Gut von dem neuen Eigenthümer zu Lehn wieder zu empfangen, sei es dass er sein Lehn aufträgt und vom neuen Lehnsherrn zurückerhält, in solchen Fällen warnen die Quellen vor einem blossen constitutum possessorium und sagen, der neue Eigenthümer könne seines Rechtserwerbs nicht froh und sicher werden, wenn er nicht das Gut während Jahr und Tag in lediglichen Geweren behalte, bevor er es dem Veräusserer wieder verleiht.

> Ssp. I, 34, § 2: Svelk man sin gut gift unde dat weder to lene untveit, dem herren hilpt de gave nicht, he ne behalde dat gut in sinen ledichliken geweren jar unde dach. Sint mach he't sekerliken jeneme weder lien, so dat he noch nen sin erve nen egen dar an bereden mach. Vergl. Schwsp. (L.) 76, III.

Die gewöhnliche Meinung ist, durch solchen lediglichen Besitz während Jahr und Tag habe sich der Erwerber gegenüber dem Veräusserer und dessen Erben die rechte Gewere sichern müssen, um dadurch eine künftige Abläugnung der Uebertragung durch den Gegner zu nichte zu machen. So Homeyer II, 2, S. 315: „Allerdings gab gegen Anmassungen des Vasallen die Gewere von Jahr und Tag dem Herrn den besten Schutz seines Eigens, indem er nach dem Beweis jener Gewere sein Eigenrecht durch alleinigen Eid darthun konnte, ohne der Auflassungszeugen oder einer Berufung auf den Gewährsmann, der hier zugleich der Gegner wäre, zu bedürfen.“ Diese Erklärung leidet an folgenden Mängeln: 1) der Herr kann im Streit mit seinem von ihm besitzenden Mann gar nicht zum Beweise der rechten Gewere gelangen, weil er der Gewere dem Mann gegenüber darbt. Schon die Parteistellung, die den Herrn in unserm Fall nothwendig in die Klägerrolle drängt, hindert ihn, rechte Gewere für sich zu beanspruchen. Das Verfahren, wie es sich Homeyer denkt, setzt voraus, dass der Herr vom Mann beklagt, letzterer also nicht in Gewere ist, aber dann würde Alles erst recht unbegreiflich. Wenn, woran der Spiegler offenbar denkt, der

Vasall nach der Belehnung sich das Eigenthum zuschreibt und dem Herrn den Lehnsdienst verweigert, so kann der Herr, der ihn jetzt belangen muss, überhaupt gar keine rechte Gewere geltend machen, am allerwenigsten aber den vielleicht vor vielen Jahren stattgefundenen lediglichen Besitz, seit welchem der Vasall bis jetzt wieder in ruhigem Besitz gewesen ist, dazu verwenden, so wenig als Jemand, der ein Gut verkauft hat, nach zehn Jahren es vom Besitzer zurückfordern und die Rückgabe damit erzwingen könnte, dass er darthäte vor diesen zehn Jahren während Jahr und Tag besessen zu haben. 2) Zu demselben Schluss gelangt man von folgender Seite: der Eigenthümer kommt auf Grund seiner rechten Gewere nicht zum Beschwören seines „Eigenrechts", wie Homeyer sagt, sondern seiner eigenlichen Gewere; in unserm Fall kann hievon keine Rede sein, weil der Kläger nicht in Gewere steht und sie also nicht beschwören kann. 3) Die Erklärung Homeyers passt nicht auf die Anwendung des Satzes in Ssp. Lehnr. 16, wo gesagt ist, dass wenn der Herr ein Gut verkauft und vom Käufer (Oberherrn) wieder zu Lehn empfängt, sein Vasall es von ihm nicht neu empfangen müsse, falls nicht der Oberherr das Gut während Jahr und Tag in lediglichen Geweren gehabt hat.

Genügt aber nicht folgende Erklärung, welche zwar die (nicht verwerthbare) rechte Gewere des Oberherrn bei Seite lässt, aber mit der Auffassung von Homeyer einen Grundgedanken gemein hat? Jahr und Tag ist die Frist, innerhalb welcher der Erbe Widerspruch erheben, der Lehnsmann das Lehn muthen muss. Weder jener noch dieser hat dazu Veranlassung, wenn das Gut sich nicht wirklich in der Hand des neuen Berechtigten befindet. Beide können sich später immer darauf berufen, die Veräusserung, resp. die Aenderung der obern Hand sei ihnen unbekannt geblieben, und daher jetzt die ihnen günstigen Schlüsse daraus ziehen. Damit der Oberherr gegen solche Einwendungen für immer sicher sei (damit er es „sekerliken weder lien" könne), soll er das Gut Jahr und Tag lediglich

besitzen. Nicht also dem Herrn soll das Vertheidigungsmittel der rechten Gewere geschaffen, sondern dem Vasallen soll das Vertheidigungsmittel (namentlich das der unverschuldeten Unkenntniss) entzogen werden. Dass übrigens dieser Vorsichtsmassregel doch nicht ein wirkliches practisches Bedürfniss entsprach, ergiebt sich wohl aus der von Homeyer a. a. O. nachgewiesenen Seltenheit ihrer Anwendung: die Unbequemlichkeit der Befolgung dieser Massregel überwog die mit ihrer Nichtachtung verbundene Gefahr.

§ 12. Erbgang.

Der Grundsatz, dass der Erbe sofort mit dem Tode des Erblassers die Gewere an dem hinterlassenen Gute erwirbt, findet sich eigentlich, wohl zufälliger Weise, in den ältern Landrechtsbüchern, die ich hier vorerst allein ins Auge fasse, nirgends einfach und klar ausgesprochen. Vielleicht könnte man sagen, dass dieser Satz, der in dem französischen Rechtssprichwort le mort saisit le vif so bestimmten Ausdruck gefunden hat, auch in dem entsprechenden deutschen: der Todte erbt den Lebendigen, enthalten sei, und sich dafür (womit Homeyer, II, 2, S. 418 übereinstimmt) auf Ssp. I, 33 berufen:

> wirt dat kint levendich geborn . . . dat kint behalt des vader erve, unde stirft it dar na, it erft up de muder,

insofern als hier das „Erben" den vollen Umfang des erbrechtlichen Uebergangs der Befugnisse des Erblassers auf den Erben (die gewere des gudes mit sament deme gude, Ssp. Lehnr. 6, § 1) bezeichne. Aber nothwendig ist diese Auslegung nicht [1]), und ebensowenig ist beweisend

[1]) „It erft up de muder" ist identisch mit: daȥ ist uff dy muter gestorben (Magd. Fr. I, 7, 9), wo es sich nur um das Erbrecht, nicht um die Gewere handelt. Auch in Magd. Fr. I, 4, 8, I, 6, 4 u. 5, I, 7, 4 u. 7, I, 8, 4 zeigen die Ausdrücke „erbe, das sy anirstorben were von irer etochter, habe dy im anirstorben were von synem eefrunde, der

Ssp. III, 83, § 1: Svat man enem manne oder wive gift, dat solen sie besitten dre dage. Svat sie mit klage irvorderet oder uppe sie geervet wert, des ne dorven sie nicht besitten,

schon gemäss der Erinnerung Homeyers (II, 2, S. 418), dass besitten nicht in Besitz nehmen, sondern sitzen bleiben bedeutet, ausserdem nach dem auf S. 169 Bemerkten. Dennoch kann jener Grundsatz für das Landrecht nicht bezweifelt werden; welche Wirkung er in der Praxis hat, wird nachher noch zur Besprechung kommen; hier vorerst einige Belege.

Magd. Fr. II, 1, 5: nach dem Tode eines Zinsberechtigten will der Zinsmann den Zins ablösen, der Erbe bestreitet die Ablösbarkeit; das Gericht findet, der Zinsmann müsse dieselbe beweisen, unde der ander, der den czinsz doran hat, bedarff des nicht bewiszen, ñoch demmole das ym der czins angeerbit ist unde dy were czu nemen sulchen czins an dem erbe hat.

Ssp. Lehnr. 26, § 9: Nieman ne mach ene rechte gewere gewinnen mit lenunge oder mit sattunge noch mit uplatene an enes kindes gude, dat up it kint irstorven is to lantrechte oder to lenrechte binnen sinen jaren, dar he ime sine rechten unde sine erren gewerен mede breken moge, die up it kint geerft is, noch die uppe den it geerft wert mit unrechte binnen des kindes jaren,

d. h. der, welcher während des Kindes Minderjährigkeit in Folge Rechtsgeschäfts oder auf Grund angeblichen Erbrechts in Besitz gelangt ist, bricht doch dadurch dem Kind seine frühere Gewere nicht, die es kraft wirklichen Erbrechts hatte.

kinder anirstorben erbe" u. s. f. keine Beziehung auf den Uebergang der Gewere, sondern sprechen nur vom Erbrecht, wie auch Magd. Bresl. R. v. 1261 § 48 iz gut erbet uf sine kindere (cfr. syst. Schöffenr. IV, 1, 3, 4, 10, 12, 16, Wasserschleben, S. 248, c. 107 u. sonst oft), so dass die Beweiskraft von Ssp. I, 33 für unsere Frage wohl dahinfallen muss.

Gloss. zu Ssp. III, 83, § 1: Zum andern kommt einer in eines dinges besitzung, ob ihm ein erbe anstirbt, das gut hat er allbereit in seinen geweren und besitzt es.

Weniger beweiskräftig, weil incorrect

Wasserschleben, S. 269: Tycʒe hat die lehn und gewere uff mich geerbit noch seyme tode alʒo leipgedinges recht ist.

Die spätern Quellen, wie z. B. die bei Renaud (Zeitschr. f. R. W. d. Ausl. XIX, S. 107) und Stobbe 462 angeführte Magdeburger Policeiordnung, enthalten den Grundsatz in voller Unzweideutigkeit.

Dann kann auch kaum beanstandet werden, dass der Erbe seinerseits wieder, auch wenn er vor der factischen Besitzergreifung stirbt, doch die von ihm ererbte Gewere des Guts weiter auf seinen Erben vererbt. Das liegt in der Analogie von Ssp. I, 33 und

Verm. Ssp. I, 30, 1: . . . Sterbet he, . . . den anefal erbet her uf den nesten. Stirbet aber derselbe neste, den anval erbet er vort uff den nesten.

Ich habe bisher nur vom Landrecht gesprochen. Wie verhält es sich aber bei Tod und Beerbung eines Lehnsmanns? Gewinnt sein Lehnserbe auch unmittelbar durch den Tod die Gewere mit allen den Wirkungen, welche sonst mit der Gewere gegenüber dem Lehnsherrn verknüpft sind? Es hat Homeyer, II, 2, S. 418 die Aufmerksamkeit auf diesen Punkt gelenkt, der indess wenig Beachtung gefunden hat[1]). Er nimmt an, die Gewere gehe ohne wirkliche Besitzergreifung nur mit der Wirkung auf den Erben über, dass dieser keiner besondern Einweisung des Herrn mehr bedarf, nicht aber mit der Wirkung, dass sie das Recht der Folge an einen neuen Herrn und der Vererbung sowie die Beweisvortheile gebe. Also: sie

[1]) Stobbe 445 adoptiert Homeyers Ansicht, unter Gleichstellung des Erben und des Gedingsmanns. Diese Gleichstellung ist aber, wie die Folge ergeben wird, kaum statthaft.

ertheile dem Erben nur die Befugniss, sich des Gutes zu unterwinden und sich die Gewere des Erblassers anzurechnen, nicht aber das Recht, an einen neuen Herrn zu folgen, das Gut weiter zu vererben, und es mit Getüge gegen den Herrn zu behalten. Sehen wir ab von Ssp. Lehnr. 27, § 1, welche Stelle nichts entscheidet, da sie die Möglichkeit und selbst die Wahrscheinlichkeit offen lässt, dass der Sohn den Besitz des Lehns ergriffen habe, so bleiben uns die von Homeyer für sich angerufenen Stellen:

> Ssp. Lehnr. 6, § 1: Die vader erft uppe'n sone die gewere des gudes mit sament deme gude, dar umme ne bedarf die sone nicht, dat man ime des vader gut bewise.
>
> ibid. 11 § 1: Svelk gut en man an sinen geweren nicht ne hevet unde ime nicht bewiset n'is, deme ne mach he nicht volgen an enen anderen herren, noch erven an sinen sonen.
>
> ibid. 35, § 1: Of die herre liet kinderen ires vader gut bi ires vader live, unde die vader alene dat gut in geweren hevet bit an sinen dot, na des vader dode komen die kindere to 'me herren unde bidden dat he in bekenne sogedanes gudes alse he in gelegen hebbe. Ne bekant in die herre des gudes nicht, so bieden sie't mit getüge to behaldene. Den getüch mach doch die herre verlecgen so sie der gewere darvet.

Die erste Stelle, das ist Homeyers Gedanke, zieht aus dem Uebergang der Gewere auf den Erben nur die Consequenz, dass keine Einweisung mehr nöthig sei,[1]) hebt also den Satz der zweiten, dass ohne Gewere keine Folge und Vererbung möglich sei, nicht auf, und die dritte behandelt geradezu den Erben hinsichtlich des Getügens als der Gewere darbend. Ich kann doch dieser Auffassung nicht folgen, aus

[1]) Richtst. Lehnr. 22 § 8: To erflen derf men ok nenes inwiseres. Schwsp. Lehnr. 158 (oben S. 165).

speciellen Gründen der Interpretation und aus sachlichen Gründen nicht. Art. 6, § 1 wäre doch sehr ungeschickt gefasst, wenn er hätte sagen wollen, was Homeyer in ihm findet, nämlich: der Vater erbt auf den Sohn die Gewere nicht, sondern der Erbgang befreit ihn nur von der Einweisung; vielmehr stellt der Artikel den Hauptgrundsatz, aus dem er dann allerdings nur eine von mehreren Folgerungen zieht, in zu apodictischer und absoluter Weise auf, als dass man ihn beinahe auf nichts reducieren dürfte. Ist dies richtig, so verliert Art. 11, § 1 von vorneherein seine Beweiskraft, denn dann wird eben der Sohn, weil er die Gewere hat, nicht von dieser Bestimmung betroffen. Die dritte Stelle endlich spricht geradezu gegen jene Ansicht, wenn wir den Schluss des § 1 dazu nehmen. Der Fall ist der: nach dem Tode des Vaters verlangen die Kinder, dass der Herr ihnen das Gut bekenne gemäss einer Gesammtbelehnung, die er ihnen bei Lebzeiten des Vaters, der aber einzig in der Gewere des Guts war und blieb, gemacht habe. Der Herr will von dieser Belehnung nichts wissen. In diesem Falle, sagt die Stelle, können die Kinder nicht zum Bezeugen der Lehnsgewere zugelassen werden, denn sie darben der Gewere, sondern sie müssen den Act der Lehnung nach Gedingsrecht beweisen (der practische Unterschied ist, dass sie nicht mit sechs Mannen, welche von der Belehnung nur Kenntniss zu haben brauchen, die Lehnsgewere, die Gewere auf Grund Lehnung, beweisen können, sondern mit zwei Mannen, welche bei der Belehnung gegenwärtig waren, den Act derselben beweisen müssen). Der einfache Sinn ist also: die Kinder, die in Folge der angeblichen Belehnung den Besitz doch nicht erlangt haben, können nicht zum Beweise dieser (für sie nicht vorhandenen) Lehnsgewere zugelassen werden, wenn sie auch in Folge Erbgangs das Gut in Besitz genommen haben. Aber nun fährt die Stelle fort:

> So is den kinderen gut, dat sie volgen irs vader gude manscap to biedene irme herren, wende sie ane gewere nen len daran bereden ne mogen.

Auct. Vet. I, 89 sagt dafür: Propterea suadeo, ut hominium praebendo filii paternum sequantur beneficium, und Schwsp. 64: si suln ir vater lehen vordern alse von erst.

Daraus ergiebt sich die Uebersetzung und Paraphrase: anstatt auf Grund eigener Belehnung zu klagen, deren Beweis für sie vielleicht Schwierigkeiten hat, weil sie nicht in Folge dieser Belehnung in den Besitz gelangt sind und daher nicht die Lehnsgewere bezeugen können, ist es für sie rathsamer, unter Beiseitesetzung ihrer eigenen Belehnung von vorneherein (von erst) auf Grund ihres Erbrechts die Huldigung anzubieten, wie solche der Art. 22, § 1 dem Sohn nach des Vaters Tode vorschreibt, und diese kann ihnen dann nicht abgeschlagen werden. Denn haben sie auch keine Lehnsgewere auf Grund eigener Belehnung, so haben sie doch eine durch Erbrecht erworbene Gewere auf Grund der Belehnung ihres Vaters.[1]) Die Pointe des Artikels liegt darin, dass die Erben, welche nicht in eigener Person vom Lehnsherrn die Lehnsgewere erhalten haben, wohl aber durch Erbgang die Gewere des Erblassers erwerben, auf Grund dieser Erbschaftsgewere nicht zum Beweis ihrer bisher nicht existierenden Lehnsgewere gelangen können; der Art. sagt, die Erbschaftsgewere könne nicht der Lehnsgewere substituiert werden, sondern es müsse rein und unvermischt auf Grund der einen oder der andern die Sache behandelt werden, stellt aber für die Erben, wenn

[1]) Einen ähnlichen Gedanken führt nach andrer Richtung Richtst. Lehnr. 22 § 8 aus: nachdem § 7 den Satz aufgestellt hat, dass wenn einer von mehreren Brüdern mit einem Erblehn (Lehn, dat em sin vader geervet heft laut Richtst. Lehnr. 21, § 1) belehnt worden ist und stirbt, bevor die andern mündig geworden, diese doch nachher das Gut sinnen können, dass überhaupt eine Belehnung des einen Bruders mit Erblehn den andern an ihrem Rechte nicht schade, fährt § 8 fort: Dit is war, de vader ne hedde denne den kinderen sin gud upgelaten bi levendigen live, edder hedden't de kindere med em in den geweren had med samender hand. Also wenn einzelne Kinder mit dem Vater zu gesammter Hand belehnt sind, so ist eben das Gut nicht Erblehn und folglich tritt kein Erbrecht und keine Erbschaftsgewere der andern Kinder daran ein.

sie auf Grund der Erbschaftsgewere klagen, das gleich günstige Resultat in Aussicht, d. h. anstatt dass sie mit sechs Mannen ihre eigene Lehnsgewere beweisen, thun sie mit sechs Mannen ihres Vaters Lehnsgewere dar, in die sie durch den Todesfall eingetreten sind, oder führen wohl gar den Beweis der rechten Gewere ihres Vaters, und sichern sich so das Lehn ebenso gut wie auf dem andern Wege.

Auch aus sachlichen Gründen scheint mir ein Unterschied zwischen Land- und Lehnrecht in dieser Frage nicht anzunehmen. Homeyer führt an: „Hier (im Lehnrecht) tritt ja die Rücksicht auf den Lehnsherrn hinzu, die auch sonst die Vererbung so vielfach beschränkt, hier handelt es sich ferner neben der Vererbung auch um die mit ihr so genau verbundene Folge. Und für diese liegt es nahe, dass der neue Herr nur demjenigen die Lehnserneuerung gewährte, der das Gut inne hatte". Aber schon abgesehen davon, dass das Lehnrecht doch weit mehr als die Rücksicht auf den Lehnsherrn gerade die Rücksicht auf den Lehnsmann characterisiert, ist nicht recht einzusehen, wie durch solche Beschränkung des Gewereübergangs das Interesse des Herrn geschützt wurde, und wenn wir uns die practischen Fälle denken, in denen sich unsre Frage verwirklichte, so fällt es schwer zu begreifen, dass jene Ansicht sollte gegolten haben. Wenn auf einem Schlachtfeld in Italien Lehnsherr und Lehnsmann gleichzeitig fielen, was für ein Hinderniss konnte für den im Heere anwesenden Sohn des Lehnsherrn bestehen, dem ebenfalls im Reichsheer dienenden Sohn des gefallenen Vasallen sofort die Lehnserneuerung zu gewähren? Oder wenn der Lehnsmann heute und sein Sohn morgen fielen, warum sollte letzterer die von seinem Vater ererbte Gewere nicht auch wieder weiter auf seinen Lehnserben vererben können? Es ergäben sich hier Schwierigkeiten hinsichtlich der Anrechnung der Gewere des frühern Besitzers oder in Betreff der Besitzrollen bei Besitzstörung, wie sie in wirklichen Bedürfnissen keine Grundlage hätten. Zudem, wenn es Ssp. Lehnr. 20, § 1 heisst:

> Svenne die sone na des vader dode levet also lange dat man sine stimne gehoren mach in vier wenden des huses, so is he beerft mit sines vader lene unde hevet it gevernet alle den die it gedinge dar an hadden,
>
> und Wasserschleben, S. 225: hette er mit seynen brudern ere lehnguter mit gesampter hant enphangen und gleyche gewere mit en doran gehabt bis an seynen tod, so hette her alle seyne gerechtikeyt der gesampten lehn uff seynen son geerbit,

so scheint in diesen Stellen, namentlich in „aller seiner Gerechtigkeit", die der Vater auf den Sohn erbt, auch die Gewere in dem vollen Umfang, wie er sie hatte, inbegriffen zu sein. So möchte ich dem Erbgang die gleiche Wirkung hinsichtlich der Gewere wie im Landrecht auch im Lehnrecht, d. h. gegenüber dem Lehnsherrn zuschreiben, in dem Sinne, dass der Lehnserbe auch gegenüber dem Herrn ohne factische Besitzergreifung aller der Rechte theilhaftig ist, welche die Gewere giebt.

Dagegen scheint es, dass man zu Homeyers Resultat gelangen muss bei der Analogie des Erbgangs, dem benannten Gedinge. Dass sofort mit dem Tode des bisherigen Lehnsmanns der Gedingsmann die Gewere erwirbt, sagt unzweideutig

> Ssp. Lehnr. 57, § 1: Liet en herre wive oder manne gedinge an enes mannes gude, stirft jene dar na die't in geweren hevet, die gewere des gudes is irstorven uppe dene deme it gedinge gelegen was.

Daraus sollte man schliessen, dass der Gedingsmann nun sofort auch das Recht habe, gegenüber dem Lehnsherrn, der ihm die Lehnsanerkennung verweigert, seine resp. seines Vorgängers Lehnsgewere mit sechs Wissenschaftszeugen, die it vor war weten dat it sin len si (Ssp. Lehnr. 5. § 2), zu bezeugen. Das ist aber nicht der Fall:

> Ssp. Lehnr. 5, § 2: Die it gedinge dar an hevet,

die mut it getügen mit den die it sagen unde horden dat it ime gelegen si, durch dat he der gewere darvet.

ibid. 7. § 6: Jegelik umbewiset gut dat deme manne gelegen wert, sal he behalden mit getüge na dem it ime gelegen wert, dar he der gewere an darvet.

ibid. 57, § 1: deste he's den herren innere, of he's nicht ne bekant, mit tvier siner manne getüge die de lenunge sagen unde horden, do he't ime sunder gewere lech.

Richtst. Lehnr. 30, § 1: . . . so vrage, wo du des eme irinneren scolest. So vindme, med twen siner manne, de dat horden unde segen, dat he di dat lech.

Wie stimmt die erste Aussage, dass mit dem Tod des Besitzers die Gewere auf den Gedingsmann erstorben sei, mit den andern, dass er der Gewere darbe? Ich glaube, der vorherrschende Gedanke ist der, dass der Gedingsmann der Gewere darbt, und in der That ist ja auch ein solcher in wesentlich andrer Stellung als der Erbe. Dieser nimmt alle Rechte des Erblassers in sich auf und damit auch die aus dessen Lehnsgewere, der Gedingsmann dagegen gründet sein Lehnrecht nicht auf Erbgang, sondern auf eine früher Seitens des Herrn erfolgte Belehnung, die aber von keiner Einweisung in die Gewere gefolgt war, weshalb er auch nicht die Gewere bezeugen kann. Er kann dem Erben nicht gleich stehen, weil dieser seine Gewere nur aus Erbgang herleitet, die dem Gedingsmann mangelt. Wenn dennoch Art. 57, § 1 die Gewere auf ihn ersterben lässt, so kann das, wie die Fortsetzung dieses Artikels und Art. 10, § 4 zeigen, nur in Bezug auf sein Recht, sich des Guts zu unterwinden, gemeint sein, womit Schwsp. Lehnr. 158 (oben S. 165) übereinstimmt. Thut er das, so begeht er nach Art. 57, § 3 kein Unrecht, und dann kann er es na rechte behalden (Art. 6, § 2), d. h. wohl, die Lehnsgewere mit sechs Wissenschaftszeugen beweisen, und ebenso kann er dem Gute gegenüber einem neuen Herrn, an

den es durch Tod oder Auflassung des alten gelangt ist, nicht vor en gedinge, denne vor en recht len (57, § 4) folgen, d. h. auf Grund seiner Lehnsgewere, nicht blos auf Grund eines Anspruchs aus Belehnung.

Die dem Art. 57 entsprechenden Stellen des schwäbischen Lehnrechts 101 ff. sind leider der Art unklar, dass sie zur Erläuterung nicht weiter zu verwenden sind. Der Autor vetus hat die Hauptstellen nicht. Dagegen zeigt der liber Feudorum die Uebereinstimmung mit dem Ausgeführten.

> I. F. 3 pr. Si vero archiepiscopus investituram eius feudi quod alius detinebat eo tenore alicui dederit, ut post decessum eius qui possidet habeat, et ante decesserit quam ille qui feudum possidet, successores non coguntur eam investituram facere vel confirmare,... nisi ille qui investituram acceperit nomine eius feudi in possessionem missus sit . . . Sed si ille qui feudum possidet prius decesserit quam ille qui investituram fecit, jure cogitur eam ratam habere.

Kehren wir zur Erbengewere zurück, und sehen wir nun zu, wie sie sich äussert und welche practische Wirkungen sie hat. Es besteht vielfach die ganz falsche Meinung, welcher v. Bar S. 186 besonders prägnanten Ausdruck verliehen hat: „die Gewere des Erben wird an sich auch nicht dadurch afficiert, dass ein Andrer factisch den Besitz ergreift.“ Die dafür angeführte Stelle Ssp. Lehnr. 26, § 9 (oben S. 173) sagt das nicht, sondern spricht den auch sonst bekannten Satz aus, dass gegenüber u n m ü n d i g e n Lehnserben während ihrer Unmündigkeit keine rechte Gewere entstehe, für welchen Fall sogar die Folgerung, dass man dem Unmündigen durch Lehnung und Satzung seine frühere Gewere nicht brechen könne, richtig ist, insofern als er gegenüber der unrechtmässigen Besitzentziehung noch immer berechtigt ist seine Gewere zu behaupten und zu verlangen, dass sie dem Gegner vertheilt werde. Aber gegenüber Andern als Unmündigen (oder solchen, die einen Entschuldigungsgrund gegen die rechte Gewere haben)

gilt das nicht. Wenn ein erwachsener, im Lande wohnender, frei und gesund umherwandelnder Erbe ruhig zugesehen hat, wie nach dem Tode seines Erblassers dessen Witwe ein Erbgut verkauft und der Käufer es unter seinen Augen Jahr und Tag besessen hat, so wird seine (des Erben) Gewere dadurch so stark als möglich „afficiert", denn er hat nicht nur keine Gewere mehr, sondern auch sein Recht wird gegenüber der rechten Gewere des Gegners präcludiert. Die Wahrheit ist also, dass die Gewere des Erben sich in keiner Weise anders äussert und unter keinen andern Bedingungen steht als die des in Besitz Eingewiesenen. Wie dieser durch eine Besitzentsetzung afficiert wird, so und nicht anders der Erbe durch die Besitzergreifung des im Nachlass befindlichen Gutes Seitens eines Dritten; mit andern Worten: wie die Gewere des in Besitz Eingewiesenen so lange dauert, als nicht ein Andrer in den Besitz des betreffenden Gutes gelangt, so besteht die Gewere des Erben bis zu dem Augenblick, wo ein Andrer den Besitz des in der Erbmasse befindlichen Gutes erwirbt. Der Erbe hat wie der in wirklichem Besitz Stehende nur so lang die Gewere, als kein Andrer Besitz ergreift; nur beruht seine Gewere darauf, dass die Sache unangetastet im Nachlass sich befindet, während diejenige des factischen Besitzers darin besteht, dass die Sache unter seinen eigenen Händen ist. Wie daher derjenige, der seiner Gewere an einem Gute gewaltsam entsetzt wird, von dem Richter verlangen kann, dass ihm die Gewere vor Allem wieder zugetheilt werde, so auch der Erbe, wenn eine Nachlasssache eigenmächtig von einem Dritten ist in Besitz genommen worden; und der ununterbrochenen Gewere eines factischen Besitzers steht gleich die in der Gewere des Erben ungestört fortdauernde Gewere des Erblassers, indem der Erbe sich den Besitz des Erblassers ohne Unterbrechung anrechnet[1]):

[1]) Darum steht im Lehnrecht der Gedingsmann nicht dem Lehnserben gleich; er kann nicht wie dieser die Lehnsgewere des verstorbenen Besitzers für sich geltend machen, wie der Erbe das kann, denn der

Richtst. Lehnr. 22, § 5: Wo lange ok din vader en len in sinen weren gehat heft, dat machstu reken to der tid dat du id gehad hest in geweren . . . wen de vader ervet up den sone also vaste de were des gudes also dat gud.

Das sind auch wieder so natürliche Sätze, dass man Anstand nehmen müsste, sie ausdrücklich hervorzuheben, wenn nicht der mit der Gewere getriebene Unfug auch hier die einfachsten Gedanken in abenteuerliche Sätze ausgestaltet hätte.

Bevor wir diesen Punct verlassen, muss noch auf eine Complication des magdeburgischen Rechts hingewiesen werden. Wie bekannt hat dasselbe den Grundsatz ausgebildet, dass Uebertragungen von Liegenschaften vor Gericht (in gehegetem Ding) geschehen müssen, um „Kraft und Macht zu haben". Dieser Satz hat seine Wirkung auch dahin erstreckt, dass ohne gerichtliche Auflassung keine rechte Gewere entstehen kann. Damit hat nun die Gewere des Erben an sich nichts zu schaffen. Denn mag auch noch so bestimmt der Grundsatz festgehalten werden, dass der Erwerber eines Guts ohne Auflassung vor Gericht keine rechte Gewere erwerben kann, so folgt daraus nur, dass der Erblasser durch gerichtliche Auflassung das Gut muss erworben haben, und der Erbe, der die Gewere des Verstorbenen aufnimmt, auch die Auflassung desselben für sich geltend machen kann und keiner neuen bedarf, wie er ja keinen neuen Rechtserwerb vollzieht, sondern in den des Erblassers eintritt. Nur im Verhältniss zu andern Erbansprechern ist die rechte Gewere des Erblassers für den besitzenden angeblichen Erben natürlich unwirksam, weil sich die Gegner, die ja auch Rechtsnachfolger des Erblassers zu sein behaupten, ebenso gut auf dieselbe berufen können als er selbst. Ja sogar die Entstehung einer rechten Gewere in der Person des besitzenden Erben gegenüber andern

Gedingsmann kann sich die Gewere des Vorgängers, dessen Erbe er nicht ist, nicht anrechnen. S. oben S. 180.

Erbberechtigten ist landrechtlich ausgeschlossen, indem gegen denjenigen, der als Erbe ein Gut in Besitz genommen hat, andre Erbprätendenten nicht schon innert Jahr und Tag, sondern erst nach einunddreissig Jahren, sechs Wochen und drei Tagen sich verschweigen (Richtst. Landr. 23, § 7; 27, § 2, s. § 17 gegen Ende[1]). Hier knüpft nun das Magdeburger Recht an, und stellt den Satz auf, dass der im Besitz befindliche Erbe gegenüber andern Erbprätendenten sich den Vortheil der rechten Gewere dadurch verschaffen kann, dass er selber sich von dem Gerichte in das Erbgut einweisen lässt. Daher die in den Quellen Magdeburgischen Rechts so unendlich oft erwähnten Erbeinweisungen, die eben nur veranlasst sind durch den Wunsch des Erben, nicht einunddreissig Jahre lang einer Erbschaftsklage gewärtig sein zu müssen. Das Verfahren ist das, dass der Erbe vor Gericht tritt, dort beschwört nächster Erbe zu sein (oder wie es Glogauer Rechtsb. 175 heisst: dy gewere anirstorbens erbis mit seinem Einhandseid beweist), und dann vom Gericht in das Gut gewiesen wird, vorbehältlich der Geltendmachung bessern Erbrechts binnen Jahr und Tag Seitens eines Andern. Man vergleiche beispielsweise

> Magd. Fr. I, 3, 16 u. 19. I, 6, 1 u. 4. I, 7, 4 u. 7. I, 7, 23. syst. Schöffenr. III, 2, 7 u. 8. IV, 2, 44, 45, 86. Wasserschleben S. 80, 92 und sonst.

Es ist diese Neuerung des Magdeburger Rechts keineswegs eine gedankenlos gezogene Consequenz aus der neu aufkommenden Bedeutung der gerichtlichen Auflassung, sondern eine daraus in bewusster Abweichung vom Landrecht deducierte Schlussfolgerung: die Auflassung sollte das Mittel

[1]) Wenn dagegen der angebliche Erbe nach seiner Besitzergreifung das Gut weiter veräussert, so ist der neue Erwerber gegen allfällige Erbansprüche besserer Erbberechtigter schon nach Ablauf von Jahr und Tag durch die rechte Gewere geschützt (aus den im Wesen der rechten Gewere liegenden Gründen); vergl. Wasserschleben, S. 428, c. 85, S. 248, c. 107.

geben, den Erben selber schon in dieser Hinsicht gleich zu behandeln wie denjenigen, der von dem Erben gekauft hatte; dazu gelangte man durch die Argumentation, dass wie das Erbgut durch Veräusserung Seitens der Erben an einen Dritten und durch Auflassung vor Gericht „verwandelt" wird, so dass nun eine rechte Gewere Dritter gegenüber andern Erben entstehen kann, ebenso auch der Erbe diese „Verwandlung" schon dadurch zu bewirken vermag, dass er das Gut durch eine gerichtliche Auflassung an sich selbst hindurchgehen lässt, daher denn auch durch solche Besitzeinweisung, welche das Eigen verwandelt wie eine Gabe vor Gericht, eine rechte Gewere von Jahr und Tag möglich wird:

> Glogauer Rechtsb. 13: An erstorben erbe daʒ vnvorwandelt blibit mag sich nicht vorjeren bey eyn undrisig jarn vnd sechs wochen.
>
> Verglichen mit Culm IV, 109: Stirbet abir eyme erbnamen stande eygen an, do kan her sich nicht an vorsumen, dy wile daʒ eygen myt giften nicht gewandilt is vor gerichte, dy jar und tag ane rechte wedirsproche bestan syn.
>
> Aehnlich Magd. Fr. I, 2, 25.
>
> Syst. Schöffenr. IV, 2, 45 (Culm, IV, 87):
>
> Ist daʒ sich ymant cʒuhyt cʒu an irsturbenym erbe, ... der sal daʒ erbe in deme gerichte vorwysyn mit stendim eygin, ab ymant kome bynnyn ior und tage, der nehir gesipte moge sin, daʒ her den cʒu deme erbe losyn welle.
>
> Aehnlich Magd. Fr. I, 7, 2. 4. 5.

Die Stellung des Magdeburger Rechts zum Landrecht ist demgemäss die, dass es gleich letzterm die Gewere des Erben auch ohne gerichtliche Einweisung anerkennt und sofort mit dem Tode des Erblassers entstehen lässt, ihr dagegen die dem Landrecht unbekannte Kraft beigelegt hat, durch gerichtliche Bestätigung nach Jahr und Tag zur rechten Gewere gegenüber andern Erbprätendenten zu werden. Die Verbindung

dieses neuen Gedankens mit dem alten landrechtlichen zeigt das Glogauer Rechtsbuch, c. 7, 8 und 13:

> c. 7: Wer eyn recht gewer erbis unde gutis habin wil der sal daȝ uffnemen in rechter dingstad ader an der stad do is cȝu rechte geet cȝu lehne, wer daȝ nicht en thut, nimmer gewinnit her daran eyn recht gewer.
>
> c. 8. Wen gut an irstirbit von gesippe, der hat dar an cȝu hand eyne rechte gewer unde darff daȝ ouch nyrgüt uffnemen vor keynem rechtin.
>
> c. 13 s. oben S. 185.

Da im cap. 8 die rechte Gewere jedesfalls nicht in dem Sinne der technischen rechten Gewere von Jahr und Tag gemeint sein kann, so darf ihr auch in cap. 7 wohl nicht dieser Sinn untergelegt werden, wie es Laband S. 316 thut, sondern beidemal ist nur eine rechtsgültige Gewere gemeint, übrigens ohne Rücksicht darauf, ob sie zur technischen rechten Gewere qualificiert ist oder nicht. Inwiefern letzteres der Fall ist, darüber giebt dann erst das cap. 13 die Entscheidung. Der Gedankengang ist der: unter Lebenden geht die vollgültige Gewere des Guts auf dessen Erwerber erst mit der Auflassung über (c. 7), auf den Erben dagegen unmittelbar durch den Todesfall (c. 8), doch ist diese Gewere des Erben nur dann zur Ausbildung in eine rechte Gewere gegenüber andern Erbansprechern geeignet, wenn das Gut durch gerichtliche Einweisung des Erben verwandelt ist (c. 13).

§ 13. Ist Gerichtsspruch (Auflassung) Erwerbsgrund?

Die Frage ist nicht: gehört zum Erwerb der Gewere als nothwendiges Erforderniss ausser der Besitzeinweisung, resp. Erbgang auch noch ein Gerichtsspruch? Wir haben schon gesehen und werden es nochmals wahrzunehmen haben, dass das Magdeburger Recht diese Frage für den Erwerb einer rechten Gewere bejaht hat. Aber das kommt dermalen nicht in Betracht, wir fragen vielmehr: Ist die seit Albrecht allein-

herrschende Lehre richtig, dass durch Gerichtsspruch, Auflassung, für sich allein schon, ohne factische Besitzergreifung, in der Person dessen, dem das Gut zugesprochen wird, eine Gewere begründet wird? Diese Frage ist zu verneinen.

Der Veranlassungen sind mehrere, wo der Richter in Fall kommt, eine Einweisung des Klägers in fremden Besitz zu verfügen, nämlich entweder

I. Kläger hat auf eine bestimmte Sache geklagt, die er aus irgend einem Grunde (sei es, weil er sie von dem Verklagten gekauft hat, oder weil sie ihm widerrechtlich ist entzogen worden, oder weil er als nächster Erbe Recht darauf hat u. s. w.) als ihm gehörig anspricht, und deren Adjudication er vom Richter verlangt,

oder II. Kläger hat auf Bezahlung einer Schuld geklagt und es erfolgt bei Zahlungsunfähigkeit des Beklagten auf dem Executionswege Zuerkennung einer Sache an Zahlungsstatt oder Beschlagnahme eines Guts behufs Versilberung.

Bei I ergeben sich wieder zwei Möglichkeiten:

a) Adjudication in Folge contradictorischer Verhandlung, gleichviel ob eines Scheinprocesses (Auflassung) oder eines wirklichen Streitfalles,

b) Adjudication in Folge Contumacialverfahrens.

Dass die Auflassung unter die Kategorie von I a gebracht ist, bedarf wohl keiner Rechtfertigung, zum Ueberfluss sei auf Laband S. 236 ff. verwiesen. Besonders mit Rücksicht auf die Auflassung trenne ich auch hier wieder Land- und Lehnrecht, und innerhalb des erstern wieder die älteren und die neuern Quellen.

I a. Adjudication eines eingeklagten Guts.

1. Landrecht.

Gehen wir von dem Sachsenspiegel aus, so ist nicht nur nicht aus demselben ersichtlich, dass zum Erwerb der Gewere

bloser Gerichtsspruch genügt habe, sondern er redet vielmehr durchgängig von Einweisung und Gewaltigung, z. B.

> Ssp. I, 41: Klaget maget oder wedewe to lantrechte over iren vormünden, dat he se untweldige egens oder lenes oder liftucht ... man sal ine balemünden unde (der Richter) geweldege se (die Frauensperson) von gerichtes halven irs gudes, des se untweldeget was.
>
> Ssp. III, 82, § 2: Svie en gut enem anderen gift unde let it in sine gewere unde wert jene von gerichtes halven dar in gewiset.

Gewaltigung und Einweisung sind die technischen Ausdrücke für die Einsetzung in den Besitz [1]). Dass erst sie die Gewere verschaffen, liegt zu sehr in der Natur der Sache, als dass wir ohne bestimmtesten Gegenbeweis etwas Anderes annehmen dürften. Ein solcher Gegenbeweis liegt nun vorerst nicht in den Worten der eben angeführten Stelle III, 82, § 2: unde let it in sine gewere, wozu sofort kann gezogen werden

> Ssp. II, 24, § 2: Jewelk man mach sines rechten gudes wol mit rechte anich werden, of he't verkoft oder versat oder uplet, oder sic verjaret jegen sinen herren, oder of it ime verdelt wirt to lantrechte oder to lenrechte, oder to svelker wis he's af gat unbedvungen, so is he der were geloset mit rechte.

Aus dieser Stelle kann schon darum nicht gefolgert wer-

[1]) Von den spätern Quellen, die auch das Wort Einweisung und Gewaltigung durchweg in diesem Sinn brauchen, vergleiche man beispielsweise Syst. Schöffenr. III, 2, 76: Irvordirt eyn man des andirn erbe, algo dag ys ym geweldegit vnd geeygnit wirt vor gelt, ... vnd wil yenir, deme dag erbe abe geclait wart, dornoch in rechtir cgeit dag erbe login, desir der is irclait hat, endarf den nocg noch cgyns an syme gelde nicht abe clagin noch abe slon. Es ist von Klage auf ein Gut wegen Rentenschuld die Rede (vergl. ebenda III, 2, 105 und IV, 2, 83). Durch die Einweisung erlangt der Kläger die Gewere, wie es IV, 2, 83 heisst: nach dem mole das der man in das erbe gewyst were ... dy wyle her das erbe in nucge unde in gewerin hot. Stendaler Urtheilsbuch, II, 8 (S. 3). Vergl. auch Schwsp. (L.) 102: claget ein man umbe gülte .. in sol der rihter hin ge sinem gute wisen.

den, dass sofort durch Auflassung oder Vertheilung dem Gegner die Gewere gewonnen sei, weil man das Gleiche auch als Folge blosen Verkaufs oder Verpfändung, die ja hier der Vertheilung und Auflassung gleichgestellt sind, annehmen müsste, was unzweifelhaft falsch wäre[1]; darum kann der Sinn nur sein: Uebergang der Gewere findet statt in Folge freiwilliger Uebertragung auf Grund Verkaufs u. s. f. oder in Folge Einweisung auf Grund Gerichtsspruchs, und so ist auch in Ssp. III, 82, § 2 das let it in sine gewere zu verstehen als die Uebergabe in den Besitz, welche von gerichtlicher Einweisung begleitet und verstärkt ist[2].

Besonders bestimmt sind Auflassung und Einweisung aus einander gehalten im sächs. Weichbildrecht Art. 20 (wozu besonders auch die Glosse zu vergleichen ist), und zwar in einer Weise, dass man sich des Gedankens völlig entschlagen muss, als gehe die Gewere schon mit der Auflassung über. Wenn der Veräusserer, heisst es da, das Gut übergeben und der Erwerber es empfangen hat, so „frage er (letzterer) mit orteiln, ab is em alȝo gegebin ist, alȝ is em hulflich sy an sinem rechte“. Das kann nimmermehr heissen: er soll fragen, ob er die Gewere habe, sondern: ob die Vergabung rechtsgültig sei. Und jetzt erst „bitte er mit orteil der inwisunge von rechtes halben“. Der Richter willfahrt und weist entweder selbst ein, oder der Veräusserer thut es in Begleit von Schöffen. Nach der Einweisung kommen die Parteien wieder vor Gericht und der Richter nimmt das Gerichtszeugniss darüber auf. Dass wir in dieser Einweisung den alten Act der investitura vor uns haben, ist klar. Dass derselben ihre alte Bedeutung noch zukommt, wäre schon an sich im Zweifel an-

[1]) Es ist darum unerlaubt, die Stelle verstümmelt zu citieren und dann zum Beweis dafür zu verwenden, dass „wer in einem Process über das Grundstück siegt, sofort die Gewere erhält“, wie v. Bar S. 184 dies thut.

[2]) Von Urkunden vergl. man Kindlinger, Münster. Beiträge, III, 1, No. 57 (1221): Scabini miserunt solempniter in possessionem.

zunehmen, liegt aber auch deutlich genug in dem Wortlaut ausgedrückt: der erste (gerichtliche) Act begründet das Recht[1]), der zweite die Gewere. Wie kämen der Veräusserer und das Gericht noch zu solcher solennen Einweisung, wenn die Gewere schon an die Auflassung geknüpft wäre?

Ueberhaupt aber, mache man sich klar, was denn für eine Veranlassung hätte bestehen können, schon mit dem Gerichtsspruch die Gewere übergehen zu lassen. Es bestand keine, aus dem einfachen Grunde, weil der Erwerber kein Interesse daran hatte. Als einziger Zweck, den man bei einer solchen Zuerkennung der Gewere ohne wirklichen Besitz hätte im Auge haben können, lässt sich der denken, einerseits dem Erwerber für den Fall eines künftigen Processes über das Gut die Stellung des Beklagten zu sichern, andrerseits ihm die Vortheile zu verschaffen, die der Erbe aus der Erbschaftsgewere zieht. Beides war aber gänzlich unnöthig: das erste (die Sicherung der Beklagtenrolle) darum, weil der Erwerber vermöge des Gerichtszeugnisses auch ohne Gewere im Stande war, auf leichteste Weise selbst als Kläger seinen Beweis gegen den Besitzer zu führen, sei es, dass der Veräusserer selber noch Besitzer war, der die Herausgabe verweigerte, sei es, dass er die Sache seither an einen Dritten veräussert hatte, gegen welchen der erste Erwerber einfach mit dem Gerichtszeugniss den Beweis des früheren Erwerbs führte. Das Zweite (die Vortheile der Erbgangsgewere) bedurfte der Erwerber ebenfalls nicht, weil die Voraussetzungen, die der Erbgangsgewere zu Grunde liegen, hier nicht zutrafen: der Erbe sollte geschützt werden gegen eigenmächtige Besitzergreifung eines in die Erbmasse gehörigen Guts; nahm man die Gewere des Erblassers nicht als in der Person des Erben fortdauernd an, so konnte dieser Schutz nicht realisiert werden; dieser Fall traf hier, bei der Auflassung, nicht zu: was der Erbe nicht hatte,

[1]) Denn nach Magdeb. Recht genügt zum vollen Rechtserwerb nicht mehr die alte einfache traditio, sondern es muss gerichtliche Auflassung dazu kommen.

einen Vormann, der jederzeit für ihn eintreten konnte, das hatte der durch Auflassung Erwerbende; riss daher zwischen Auflassung und Besitzeinweisung ein Dritter die Sache eigenmächtig an sich, so klagte der Veräusserer, der Gewährsmann des Erwerbers, und nahm die Gewere in Anspruch, und indem er seine Sache verfocht, wahrte er auch das Interesse des Erwerbers. Ferner: für den Erben war eine Fiction der Gewere nöthig, damit ihm die Anrechnung der Besitzzeit des Erblassers zum Erwerb der rechten Gewere möglich wird; bei Auflassung ist das auch nicht nothwendig, denn wenn der Erwerber noch nicht besitzt, so besitzt dafür der Veräusserer (während der Todte nicht mehr besitzt). Endlich ist auch noch zu bemerken, dass nach den alten landrechtlichen Grundsätzen eine jede Gewere nach Jahr und Tag zur rechten Gewere führt [1]), folglich nach der herrschenden Theorie auch die an blose Auflassung geknüpfte dazu führen müsste. Das behauptet aber, so viel ich weiss, Niemand [2]), weil der Quellenbelege dafür, dass wirklicher Besitz zum Erwerb rechter Gewere nöthig sei, zu viele sind, und doch wäre es die nothwendige Consequenz, der man sich nicht entziehen kann. Das ist also kein Zweifel, dass derjenige, welchem ein Gut nur

[1]) Z. B. Ssp. II, 44, § 1 und andre Stellen machen keinen Unterschied zwischen Gewere in Folge Einweisung und angeblicher Gewere in Folge Auflassung. Es müsste also auch letztere, wenn sie wirklich existierte, zur rechten Gewere werden, was aber nicht der Fall ist.

[2]) Ausser etwa Stobbe, 449, dessen unklare Ausführung zu verstehen freilich schwer ist. Doch scheint, dass er es annimmt, aus seiner Erklärung von Culm IV, 26 hervorzugehen, = syst. Schöffenr. IV, 1, 27, welche Stelle aber von Stobbe falsch verstanden ist. Der Vater schenkt einem seiner Söhne ein Gut und giebt es ihm in seine Gewere, später verkauft er es an einen Andern, der Sohn widerspricht während Jahr und Tag nicht, der Vater bringt das Gut wieder an sich, nach seinem Tode muss der Sohn mit seinen Geschwistern theilen, weil durch die rechte Gewere des zweiten Erwerbers sein Recht präcludiert ist. Daraus geht zweifellos hervor, dass seit dem zweiten Verkauf der Sohn die Gewere nicht mehr hatte, sonst hätte er nicht zu widersprechen brauchen und sich nicht verschweigen können, und der Gegner hätte ohne Gewere keine rechte Gewere erwerben können.

aufgelassen ist, ohne dass er wirklich Besitz ergriffen hätte, weder einem frühern noch einem später wirklich eingewiesenen Erwerber gegenüber nach Jahr und Tag eine rechte Gewere geltend machen könnte, dass er vielmehr durch die rechte Gewere seines Gegners zurückgewiesen würde. Was hat er dann aber von seiner angeblichen Gewere? Vor Ablauf von Jahr und Tag braucht er sie nicht, und nach dieser Zeit hilft sie ihm nichts mehr.

Die landläufige Meinung behilft sich für ihre durch Urtheilsspruch entstehende Gewere meist mit der Autorität Albrechts und beruft sich dafür auf die paar von ihm hervorgehobenen Stellen aus dem vermehrten Sachsenspiegel und einigen andern spätern Quellen [1]. Es ist passend, dieselben hier einzureihen, damit wir sie vor Augen haben:

> Verm. Ssp. I, 31, 1: Wenne man obir eygen frede wercket vor gerichte, so sal der richter fragen den, der is lessit, ab is sin wille sy. So sal der daȝ bekennen unde sal recken dy finger; domete sal her sich der gewer vorcȝyn, unde sal denne daȝ eygen uflassen mit den fingern unde mit orkunde eines hutes adder hantschus, so daȝ her is mit eyme ȝceychen ufgebe; domete enphet her dy gewer.
>
> ibid. I, 46. 5: welche ȝcith eyn man gewer abetred vor gerichte unde uflesset unde sich or vorcȝuhet mit finger unde mit munde, mit hentschu adder mit kogeln adder mit hute, so had her sich gelediget von der gewer des gutes unde muss der ummer eyn gewer sin vor allermenlich noch rechte.
>
> Goslar. Stat. S. 14, Z. 4 ff. [2]. Weme men enes eghenen vrede warcht vor ghërichte, so scal de richtere vraghen dene de dat let of he des vulborde: so scal

[1]) Allerdings auch auf Ssp. Lehnr. 39, § 1 und 3, welche ich für das Landrecht nicht zulasse und im Lehnrecht besprechen werde.

[2]) Nicht von Albrecht, aber z. B. von Stobbe, S. 456 für den Erwerb der Gewere durch die Auflassung angeführt.

he des bekennen unde scal upstippen mit deme vinghere: darmede scal he der were vortyen. Unde deme men dat eghenet, scal upstippen mit dem vinghere: dar mede undfed he de were.

Orlamünder Stat. 14. Jahrh. Art. 7 (Walch, II, S. 72): Item wan eyn burger deme andirn oberclagit husz und hoff, da sal unsir stadknecht die hulffe thun und der richter die gewere.

Diese Stellen beweisen nichts aus folgenden Gründen: die letzte beweist nichts, weil nicht aus ihr hervorgeht, was Albrecht S. 37 annimmt, „dass die Immission des Klägers in den Besitz als ein späterer Act von der Ertheilung der Gewere durch das Urtheil selbst genau unterschieden wird", vielmehr ist die „Hülfe des Stadtknechts" der Act der Fronung, Beschlagnahme, oder der Besitzeinweisung, und die „Gewere des Richters" ist das darauf folgende Friedewirken. Aus diesem Grunde ist auch das Goslarer Statut nicht beweiskräftig, wie sich denn auch Albrecht nicht auf dasselbe beruft, der im Gegentheil S. 71 sagt: „die Goslarer Statuten gehören zu denjenigen, nach welchen nicht die Auflassung selbst, sondern erst der dreitägige Besitz die Eigensgewere verschaffte". Kann nun zwar dem dreitägigen Besitz nach den Bemerkungen auf S. 168 f. nicht diese Bedeutung beigemessen werden, so ist doch gewiss richtig, dass nach Goslarer Recht nicht die Auflassung die Gewere giebt, und zwar darum nicht, weil der Act, der in der oben mitgetheilten Stelle besprochen ist, das Friedewirken des Richters, an welches sich der Verzicht und der Empfang der Gewere anschliesst, gar nicht mit der Auflassung verbunden ist, auch der eigentlichen Besitzergreifung erst nachfolgt und sich nur als Bekräftigung derselben dargiebt:

Goslar. Stat. S. 27, Z. 15 ff.: We ervegut upgheboden heft, de scal dat dar na holden dre daghe unde dre nacht, er he sik des late vrede werken. Ne wert it dar en binnen nicht untworren, so mach he sik des laten vrede werken.

Also, wenn Friede gewirkt wird, ist der Erwerber schon in der Gewere, kann sie mithin nicht jetzt erst erlangen, sondern gewinnt blos richterliche Bestätigung dafür. Und so hat es denn auch mit dem vermehrten Sachsenspiegel die gleiche Bewandtniss, wie ja die Grundsätze desselben hier die Goslarischen sind. Die Stelle I, 31, 1 spricht vom Friedewirken und der Anfang von I, 46, 5 enthält denselben Satz wie Goslar, dass dieser Act erst stattfinde nach dreitägigem Sitzenbleiben auf dem Gut. Ja zum Ueberfluss betonen beide Quellen sehr ausdrücklich den Act der Einweisung als den der Begründung der Gewere. Aus verm. Ssp. I, 46, 4 zeigt sich, dass zuerst die Aufbietung erfolgt, dornoch sal der daȥ gud in sine gewer nemen, dann folgt erst das Friedewirken. Vergl. ferner

> verm. Ssp. I, 46, 6: Wer eyn erbe erworben had mit kouffe adder mit andern sachen, unde sich des had gelassen gewern vor gerichte, unde in dy gewer had gelassen wysȥen, kempt dornoch eyn ander unde wel dissen usȥ der gewer wisȥen mit gewalt
>
> Goslar. Stat. S. 27, Z. 25 f.: We en erve erworven heft unde sich dar up heft ghevort laten.

So bestätigen schon aus diesen Gründen auch die vorstehenden Quellen unsern Satz. Wir können aber noch weiter gehen und sagen, der vermehrte Sachsenspiegel rede gar nicht von Gewere im Sinn von Besitz, sondern im Sinn von Währschaft. Denn die bezüglichen Sätze führen unzweifelhaft auf Weichb. 21 zurück: so sal man ghenen ynwisen unde dy bewisunge sal man bestetigen zu dem ächten dinge mit dem richtere unde mit den schepphen. So ist dy gabe recht unde redelich. So sal en ouch ghener geweren. Hier ist derselbe Act beschrieben wie derjenige der obigen Stellen des verm. Ssp., dagegen ist hier nur von Geweren im Sinne von Währschaftversprechen die Rede. Aus Missverständniss oder Spielerei haben die spätern Quellen die Sache auch auf die

Gewere im Sinn von Besitz bezogen (eine bemerkenswerthe Stelle im Stendaler Urtheilsbuch II, 8 hält sich davon frei und schliesst sich ganz an Weichb. 20 an). Und endlich: diese eben besprochenen Quellen gehören einem Quellenkreise an, der sich gerade in unsrer Frage schon von den landrechtlichen Grundsätzen darin abgewendet hat, dass er die Auflassung als erforderlich zur Entstehung einer rechten Gewere aufstellt. Schon am Schlusse des vorigen Paragraphen war davon die Rede, wir haben jetzt diesen Punkt noch nach der hier in Betracht kommenden Seite festzustellen. Viele Stadtrechte, namentlich das Magdeburger Recht, fordern die gerichtliche Auflassung und das Friedewirken als nothwendig zur Eigenthumsübertragung;[1]) von diesem Satze sind sie weiter dazu gelangt, auch für die Entstehung einer rechten Gewere die Auflassung zu fordern, und zwar so, dass die Frist von Jahr und Tag erst von dem Moment der Auflassung an zu laufen begann. Nun war es weiter auch ganz consequent, überhaupt gar keine Gewere als möglich anzunehmen, wo die Bedingungen für das Zustandekommen einer rechten Gewere nicht erfüllt waren. Denn auch das Landrecht kannte keine Gewere, die nicht an sich fähig gewesen wäre, durch Ablauf von Jahr und Tag zur rechten Gewere zu werden. So gelangte das Magdeburger Recht zu dem Satze (nicht dass durch Auflassung allein die Gewere erworben werde, sondern), dass zum Erwerb der Gewere ausser der factischen Besitzergreifung auch noch Auflassung nöthig sei, wenigstens bei Gutsübertragungen unter Lebenden, nicht aber bei Erbgang, wofür das auf S. 184 f. Gesagte gilt.

Glogauer Rechtsb. 7. oben S. 186 abgedruckt und erläutert.

Zwei besonders interessante Belege für diesen Satz des Magdeburger Rechts sind die Schöffensprüche bei Wassersch-

[1]) Vergl. Laband S. 314 f. Auch findet sich das neue Princip bis in die Hofrechte hinunter, z. B. Grimm, V, 93 § 16 b, 127 § 15, 133 § 18, 143 § 15, 149 § 15, 163 § 60, 171 § 21, 177 § 21, 194 § 13.

leben, S. 169 und 440, wo ohne Bedenken Jemand, der seit Jahren in Folge Kaufs ein Haus in Besitz hatte, als nicht in der Gewere befindlich erklärt wird, weil ihm das Haus nicht aufgelassen war (die Fälle werden unten in § 15 ausführlicher besprochen werden). Wenn dennoch das Glogauer Rechtsbuch 123 einfach den Satz von Ssp. I, 9, § 5 aufnimmt: wer dem andern gut lest in seynen geweren, e her is uflest, so ist das eine Nachlässigkeit, von der freilich leicht zu begreifen ist, dass sie geschehen konnte.

Nur Eine Stelle wüsste ich namhaft zu machen, welche der hier aufgestellten Ansicht widerstrebt:

> Magd. Fr. I, 6, 8: Eyn man verseczt eyme andern seyn erbe vor gehegetem dinge . . . welchir des selbin erbis besser gewere hette, der deme is vorsaczt ist ader yener der is seczte, ab her nu wol blebe in deme erbe. Hiruff sprechen wir recht: Wirt eyme eyn erbe vor gerichte gesaczt, der hat eyne rechte gewere doran, unde man sal yn von rechtis weyn doryn wiszen, is en sey denne das der ander dy inwisunge mit rechte entreden moge.

Aber nach der Natur der Sache kann es auch bei dieser Stelle nicht zweifelhaft sein, dass wenn der Schuldner das Erbe an einen Dritten veräussert und in dessen Besitz übergiebt, der letztere eine Gewere daran erhält, die sich zu einer rechten Gewere steigert, wenn der besitzlose Pfandgläubiger nicht zu rechter Zeit Klage erhebt. Ziemlich allgemein wird denn auch diese Stelle mit wenig Respect angesehen, Stobbe 480 nimmt an, der ursprüngliche Begriff der Gewere sei bereits verloren gegangen, v. Bar (S. 206, Note 375a) spricht von völliger Leerheit des hier geführten Streits. Beide Interpretationen scheinen mir übrigens nicht zutreffend. Die Exposition des Rechtsfalls und die im Urtheil selbst aus der Zuerkennung der Gewere gezogene Folgerung (man solle den Gläubiger von Rechts wegen einweisen) zeigen, dass es sich nicht um die Frage, wer Besitzer sei, handelte, sondern

darum, ob der Pfandgläubiger bei Nichtzahlung sofort zur Execution schreiten könne oder sich noch einen Beweis über die Richtigkeit seines Anspruchs müsse aufladen lassen. Und wenn nun als Grund für das Erstere die Gewere des Pfandgläubigers hingestellt wird, so ist dies jedesfalls unrichtig, weil, auch wenn er die Gewere hätte, das nicht das Motiv wäre, ihm den Beweis seiner Forderung abzunehmen, sondern die Liquidität der vor Gericht eingegangenen Verpfändung, somit in der That hier auf die Gewere nichts ankommt, da der Gläubiger für das Recht der Execution in gleicher Lage ist, gleichviel ob er besitzt oder nicht.

2. Lehnrecht.

Ssp. Lehnr. 43, § 1 giebt den dem bisher Gesagten entsprechenden Satz: Of die herre sinen manne gut verdelt durch enes anderen mannes klage, den klegere sal die herre wisen in die gewere des gudes, die er jenes was deme dat gut verdelt is. Der Schwsp. Lehnr. 77, der diesen Satz allerdings auf das Contumacialverfahren formuliert, sagt dann aber noch bestimmter: und den clager wiset vf daȥ gut und im die gewer antwurtet. Nun sind aber zwei Stellen des sächsischen Lehnrechts, welche jeden Zweifel auszuschliessen scheinen und von jeher als die Säulen der Theorie, dass Auflassung dem Erwerber die Gewere gebe, sind angesehen worden.

> Ssp. Lehnr. 39, § 1: Sveme sin gut mit lenrechte verdelt wert oder he't up let, die sal der gewere darven.
>
> Ssp. Lehnr. 39, § 3: Of en man enem anderen gut uplet vor sime herren, tohant so hevet he die gewere an 'me gude, die des erren mannes was, die't lit.

Die erste Stelle spricht von Auflassung des Lehnguts durch den Mann an den Herrn, kann also nur den Verlust der Gewere auf Seiten des Mannes gegenüber dem Herrn im Auge haben, sagt mit andern Worten nur: das Aufgeben des Guts an den Herrn bewirkt, dass dem letztern sofort und ohne weitere Besitzergreifung die Gewere, die der Mann bisher

von ihm gehabt hatte, wieder anfällt, und dass der Herr die Gewere, die er seither durch den Mann geübt hatte, nun direct ausübt, dass also, um die Sache prägnant auszudrücken, sofort mit der Auflassung der bisherige Lehnsmann in die Stellung eines Amtmanns (Verwalters) einrückt, der keine eigene Gewere hat. Es ist die sofortige Constituierung eines Stellvertretungsverhältnisses, der Mann besitzt nicht mehr in eigenem Namen, sondern Namens des Herrn, was sich hier um so einfacher und leichter macht, als der Mann die Gewere nur von dem Herrn hatte. Dass nicht mehr als dies in der Stelle ausgesprochen ist, beweist auch die Gleichstellung der Lehnsvertheilung mit der Auflassung. Kurz vorher haben wir aus Art. 43, § 1 gesehen, dass bei Vertheilung des Guts zu Gunsten eines andern Mannes dieser letztere zur Erlangung der Gewere noch der Einweisung bedarf; der Art. 39, § 1 spricht nicht von diesem Fall, sondern von dem, wo der Herr dem Mann das Lehn (wegen Lehnsuntreue u. dgl.) vertheilt, um es für sich zu behalten resp. nach freier Wahl weiter zu leihen; in diesem Fall darbt der Mann sofort mit der Vertheilung auch der Gewere gegenüber dem Herrn, aus gleichen Gründen wie bei der Auflassung. Der rechtliche Inhalt von Art. 39, § 1 ist daher: von der Vertheilung oder der Auflassung an den Herrn an kann der Lehnsmann gegenüber dem Lehnsherrn keine Gewere mehr geltend machen, dem Herrn gegenüber nicht mehr der Besitzvortheile geniessen.

Ssp. Lehnr. 38, § 2: Mach die man (Aftervasall) getügen, dat deme herren (Vasall und Unterherr) sin gut mit rechte verdelt si oder he't upgelaten hebbe, so si des herren tüch (über sine erren lenes geweren gemäss § 1) verleget.

Richtst. Lehnr. 15, § 7: Sint he (Vasall, Unterherr) dat (gut) upgelaten heft edder dat em dat vordeilet si to lenrechte unde du (Aftervasall) en des vortügen machst, eftu des done van sineme heren icht untfangen mochtest. Dat vindme.

Für den Aftervasallen des Auflassenden entsteht dadurch die Aufgabe, sofort dem Gut an den Oberherrn zu folgen:

> Ssp. Lehnr. 14, § 3: Mach aver die overste herre getügen, dat sin man ime dat gut upgelaten hebbe oder ime mit rechte verdelt si, jene die de gewere dar an hevet mut dat gut vorstan unde ime volgen an den overen herren.

Der Herr seinerseits kann sofort nach Vertheilung oder Auflassung alle die Handlungen vornehmen, zu denen er der Gewere bedarf, namentlich das Gut sogleich weiter verleihen.

> Ssp. Lehnr. 53: Liet en herre sines mannes gut enen anderen, unde of he's sin gewere is mit vingeren unde mit tungen, dar umme ne sal jene der erren lenes gewere nicht darven, die herre ne moge dat getugen dat he ime sine gewere mit lenrechte verdelt unde gebroken hebbe (und, dürfen wir beifügen: dass der Mann das Gut aufgelassen habe). Die herre ne mach niemanne gut lien unde is ine geweren, he ne hebbe't selve in geweren.

Die zweite Stelle (Art. 39, § 3) spricht von der Auflassung von Mann an Mann. Aber sie kann unmöglich sagen wollen, dass durch die blose Auflassung die Gewere vom Mann an den Mann übergehe, sondern nur, dass gegenüber dem Herrn für den neueintretenden Mann die Auflassung genüge zum Erwerb der Gewere. Nicht die Besitzübertragung von Mann an Mann ist überflüssig, sondern die Einweisung des Mannes durch den Herrn. Indem vor Lehngericht die Sache ist verhandelt worden und der Lehnsherr als Richter die Uebertragung ausgesprochen hat, bedarf es seiner Einweisung nicht mehr, sobald die Besitzübergabe von Partei an Partei stattgefunden hat. Diese Erklärung findet ihre Rechtfertigung schon in dem Wortlaut: „der neue Mann hat sofort die Gewere an dem Gut, die des früheren Mannes war“; das wäre eine mehr als ungeschickte, es wäre eine unrichtige Ausdrucksweise für den Satz, dass der neue Erwerber vom alten Besitzer

durch die Auflassung die Gewere erhalte; dagegen durchaus angemessen für den Gedanken, dass der neue Lehnsmann gegenüber dem Herrn durch die Auflassung in die Gewere des frühern Lehnsmanns eintritt. Dass dabei vorausgesetzt ist, dieser letztere habe dem neuen Manne schon den Besitz übergeben, ist um so weniger anzuzweifeln, als ja auch in Ssp. II, 24, § 2 (oben S. 188) vom Verkaufen und Auflassen im Sinne von Besitzübergabe auf Grund Verkaufs und Auflassens die Rede ist. Und dass der neue Lehnsmann ohne Besitzübergabe des früheren trotz Auflassung die Gewere nicht erwirbt, muss aus denselben Gründen gelten, wie sie für die landrechtliche Auflassung S. 190 sind geltend gemacht worden, und zwar um so anstandsloser, als der Verkehr zwischen Lehnsmann und Lehnsmann über ein Lehn nur das Abbild des Verkehrs zwischen Eigenthümer und Eigenthümer über Eigen ist. Schliesslich wenn Jemand fragen wollte, warum denn bei Vertheilung eines Guts zu Gunsten eines bestimmten Lehnsmanns nicht auch der Grundsatz sei angewendet worden, dass der neue Mann keiner Einweisung mehr bedürfe (Lehnr. 43, § 1), und somit eine Ungleichheit bestehe zwischen 39, § 1 und 39, § 3, indem dort Vertheilung und Auflassung gleich gestellt seien, hier dagegen nicht, so erledigt sich diese Frage auf einfache Weise: bei der Auflassung von Mann an Mann liegt ein freiwilliges Rechtsgeschäft zu Grunde und die Besitzübertragung findet daher durch Einweisung des neuen Mannes Seitens des bisherigen Statt, da bedarf es einer solchen Seitens des Herrn nicht mehr. Bei Vertheilung dagegen kann der Kläger nicht erwarten, von seinem verurtheilten Gegner selbst in Besitz gesetzt zu werden, und der Herr kann es nicht darauf ankommen lassen, sondern muss selbst die Sache in die Hand nehmen und den Kläger nöthigenfalls mit Gewalt einweisen. Daher der Unterschied zwischen Vertheilung und Auflassung.

Ib. Adjudication in Folge Contumacialverfahrens.

Der Fall ist der: A klagt auf Herausgabe eines Guts mit irgend einem Rechtsgrunde und B bleibt an drei Dingtagen aus; dann wird Kläger in das Gut eingewiesen:

Ssp. I, 70, § 1: Hevet en man geklaget uppe gut to dren dingen, man sal ine dar in wisen unde sal is ine geweldigen.

Ssp. II, 24, § 1: Man ne sal niemanne ut sinen geweren wisen von gerichtes halven, man ne breke sie eme mit rechter klage, dar he selve to jegenwarde si, oder man lade ine vore von gerichtes halven to sinen rechten degedingen, unde he denne nicht vore ne kome, so verdelt man ime die gewere mit rechte.

Richtst. Landr. 23, § 5: Kumpt he aver tume drudden dinge nicht, so vrag, na deme dat du dries geclaget hefst up din erfeigen, unde he dorch dine klage dries gedaget si unde nicht vor ne kumpt, oft em sine were mit rechte icht gebroken si. Dat vintme... So vrag, na deme dat em de were mit rechte vorlecht si, oft me di icht in dat gut wisen scole. Dat vintme.

Ebenso im Lehnrecht:

Ssp. Lehnr. 43, § 1. oben S. 197.

Richtst. Lehnr. 10, § 5: So vrage he wat dar denne rechtes umme si, dat de man nicht gekomen en is. So vindme, men scole ene sin gud vordeilen dat he van dem heren heft... § 6. So vrage he, wo sik des de here underwinden moge. So vindme, he moge it sulven don edder sin bode.

Die Stellen erklären sich gegenseitig hinsichtlich der Frage des Uebergangs der Gewere. Könnte Ssp. II, 24, § 1 zu der Meinung verleiten, schon das Vertheilen des Guts gebe dem Kläger die Gewere, so zeigt Richtst. Landr. 23, § 5 sofort, dass durch den die Vertheilung verhängenden Spruch dem Contumax nur die Gewere abgesprochen ist, und dass, wie alle diese Stellen ergeben, der Kläger erst durch die

Einweisung die Gewere erlangt. Nur im Lehnrecht, wo der Herr gegen den Mann geklagt hat, nimmt gemäss Richtst. Lehnr. 10, § 5 und übereinstimmend mit Ssp. Lehnr. 39, § 1 schon mit der Vertheilung der Herr des Mannes Gewere in die seine auf (S. 198 f.), und kann sich des Gutes unterwinden. Indessen, und das ist der beste Beweis gegen die Meinung, als erhalte der Kläger schon durch das Urtheil die Gewere, nicht einmal die Einweisung begründet auf Seiten des Klägers eine wirkliche Gewere im juristischen Sinne, d. h. eine Gewere mit der Nut, sondern blos eine Detention nach Analogie der (unjuristischen) Gewere des Amtmanns:

> Ssp. Lehnr. 43, § 1: die sal he halden ses weken ane nut unde ane gelt.[1])
>
> Richtst. Lehnr. 10, § 5: So vrage de here, wat he med dem gude don scole. So vindme, he scole id halden jar unde dach ane nud unde gelt, also dat he dar nicht van up en heve.

Innert Jahr und Tag darf also der Kläger, resp. der Lehnsherr, das Gut in seiner custodia halten, und dadurch ist er auch genügend gesichert, indem er auf diesem Wege die Constituierung einer Gewere in der Person eines Andern verhindert und damit die Möglichkeit der Entstehung einer rechten Gewere desselben ausschliesst. Innert der Frist von Jahr und Tag kann der Contumax auftreten und das Gut, indem er sich zur Antwort erbietet, wieder in seine Gewere nehmen. Erst wenn die Contumaz Jahr und Tag gedauert hat, erlangt der Eingewiesene die Gewere mit der nut.

> Richtst. Lehnr. 10, § 6: So vrage he, eft de man des gudes dat eme sus vordeilt is nicht ut en tee bi jare unde dage, wat dar denne lenrecht umme si. So vindme, de here mod id denne wol vuren in sine nud unde de man heft dar nene ansprake mer an.

[1]) Richtiger ohne Zweifel gemäss Richtst. Lehnr. 10, § 5 die Lesart ses weken unde ein jar.

Dieses Contumacialverfahren ist identisch mit der investitura salva querela, welche in der lombardischen Praxis eine grosse Rolle spielt und welcher wir später (Buch III, Cap. 1, § 23) begegnen werden. Der Character des klägerischen Besitzes erklärt sich aus der Quelle, welche meiner Meinung nach diesem Verfahren zu Grunde liegt, nämlich

> Cap. a. 803 c. 7 (Pertz I, p. 117): Si quis ad mallum legibus mannitus fuerit et non venerit, si eum sunnis non detinuerit, quindecim solidis culpabilis judicetur. Sic ad secundam et tertiam. Si autem ad quartam venire contempserit, possessio eius in bannum mittatur, donec veniat et de re qua interpellatus fuerit justitiam faciat. Si infra annum non venerit, de rebus eius quae in bannum missae sunt rex interrogetur, et quicquid inde judicaverit fiat.

Darauf ist auch zu beziehen

> Wartmann, Anhang No. 18: De placito evaserunt, qua ex causa dijudicatum est, ut eadem res in interdictu banni jusse fierent, usquedum de hoc regalis sententia decerneret.

Das Gut ist also in bannum mittiert, d. h. mit Arrest belegt, und so ist auch die Gewere ohne nut des eingewiesenen Klägers nur eine Sicherungsmassregel, die den Contumax verhindert, das Gut zu veräussern und dem Kläger zu entfremden.[1]) Näher auf die Sache einzugehen ist nicht nöthig, da schon aus dem Gesagten zur Genüge hervorgeht, dass der Urtheilspruch keine Gewere giebt.

II. Executionsweise Zuerkennung einer Sache für eine Schuldforderung oder ein Vergehen.

Albrecht hat S. 40 die Ansicht aufgestellt, es fänden sich in den Quellen zwei verschiedene Wirkungen der Vertheilung,

[1]) Vergl. syst. Schöffenr. IV, 2, 74: Hot eyn man erbe vnde gut, daz nicht vorspert noch vor gerichte vorpfent ist, daz mag her gebin vnd vorreichin, das kunnen syne schuldeger nicht wedersprechin. Von R.' weyn,

die eine, dass der Kläger sofort vermöge des ersten Urtheils in den Besitz des Guts gesetzt worden, der Beklagte dagegen die juristische Gewere behalten, die andre, dass der Beklagte im Besitz des Guts geblieben sei und der Kläger nur die juristische Gewere erhalten habe. Abgesehen von der Verwendung des falschen Begriffs der juristischen Gewere ist etwas Richtiges an der Sache, was aber Albrecht nicht zur Klarheit gebracht hat. Es verhält sich so, dass wo die Execution den Zweck hat, das Executionsobject als solches in die Hand dessen zu bringen, dem die Vollstreckung zu Gut kommen soll, das Verfahren eintritt, das wir unter I, b als das Contumacialverfahren bei Klagen auf Gut dargelegt haben, also die erste Gattung bei Albrecht, dass dagegen, wo es nicht auf das Executionsobject in natura abgesehen ist, sondern dieses nur gepfändet wird und erst durch Versteigerung und Versilberung das Object erzeugen soll, welches zur Befriedigung des Gläubigers zu verwenden ist, die zweite Gattung Albrechts eintritt, d. h. blose Arrestierung des Guts unter dem Schuldner. Demgemäss findet eine Einweisung in das Gut des Schuldigen statt bei Verfestung und Echtung, welche ja durchaus nach den gleichen Grundsätzen behandelt wird wie die Contumaz unter I b. Beispielsweise

> Ssp. I, 38, § 2: Die ok jar unde dach in des rikes achte sin, die delt man rechtlos, unde verdelt in egen unde len, dat len den herren ledich, dat egen in die koningliken gewalt.

Dagegen wird das Gut einfach arrestiert, ohne dass der Schuldner aus der Gewere gewiesen würde, bei Execution für Geldschuld, Gewedde des Richters u. s. w. Bekannt ist das in Rechtsbüchern und Statuten oft erwähnte Kreuzaufstecken des Richters auf dem Hause des Schuldners zum Zeichen der Arrestierung. Nur bedurfte es der ganzen Hartnäckigkeit der Albrecht'schen Theorie, um in solchen Fällen dem Gläubiger eine Gewere zuzuerkennen. Den Unterschied zwischen diesem Fronungs- und Pfändungsverfahren und dem

unter 1b besprochenen Contumacialverfahren bei Klagen auf Gut hebt so deutlich als möglich hervor Richtst. Landr. 7, § 3:

> Vrage, na deme dat he nicht vor ne kumt, wat dar nu rechtes umme si. So vint me, men scolen dar vor panden unde mede varen. Sus is et oc umme alle sculde unde oc umme gut, wen dat men dar einen to der drudden clage inwiset.

Also die Pfändung für Schuld und die Execution für Klage auf Gut haben nichts Verschiedenes, ausser dass man bei letzterer den Kläger in das Gut einweist.

Es hat wirklich keinen Zweck, diesen Gegenstand, der uns von unserm Thema auf das Gebiet des Schuldrechts hinüberführen würde, hier weiter zu verfolgen; von einer Gewere des Klägers unmittelbar in Folge der Verurtheilung des Schuldners kann im Ernst die Rede nicht sein.

Hier sei blos noch daran erinnert, dass die Analogie des gegen einen Contumax beobachteten Verfahrens auch bei erblosem Gute stattfindet. Der Richter nimmt solches unter seine Verwahrung und nach Jahr und Tag kehrt er es in seinen Nutzen, wodurch er (gleich Richtst. Lehnr. 10, § 6) die Ansprüche der Erben ausschliesst, ausser wenn sie durch ehehafte Noth gehindert waren sich zu melden.

Ssp. I, 29. Vergl. II, 31, § 2.

§ 14. Ergebniss für die theoretische Construction.

Das Resultat unsrer Untersuchung ist, dass es (von der Occupation abgesehen) nur zwei Wege giebt, auf denen die Gewere erworben wird: Besitzeinweisung und Erbgang, und dass die dritte Art, die bisher ebenfalls den Anspruch auf Anerkennung festgehalten hatte, der Gerichtsspruch in seinen zwei Aeusserungen bei Auflassung und Vertheilung des Guts, keine Gewere überträgt. Und in der That kann man sich nicht sowohl darüber wundern, dass diese dritte Erwerbsart in Wegfall kommt, als darüber, dass man sie je einmal anerkannt hat. Wäre man nicht immer mit dem verderblichen

Vorurtheil an unsern Gegenstand herangetreten, dass Gewere auch Besitz recht bedeute, man hätte nie den Gedanken fassen können, dass die Gewere schon durch blose Auflassung oder Richterspruch erworben werde.

Aber beruht es denn wirklich nur auf vorgefasster Meinung, dass Gewere auch Besitzrecht bedeuten soll? Wenn die Quellen von Vertheilung der Gewere reden, ja wenn Schwsp. Lehnr. 96 sogar sagt: Swem man sine gewer mit gewalte nimt, der verliuset weder gewer noch lehen, was kann hier anders gemeint sein als Vertheilung des Besitzrechts, Bewahrung des Besitzrechts trotz Besitzentsetzung? Und hat der Erbe, der das Erbgut noch nicht in Besitz genommen hat, denn wirklich mehr als ein Besitzrecht? liegt es „dem einfachen deutschen Recht, welches überall das sinnliche Element hervorkehrte, nicht durchaus ferne, da einen Besitz zu fingieren, wo er nicht vorhanden ist“ (Stobbe S. 462)? Ich stelle die Gegenfrage: Ist es nicht schon eine bahnbrechende Fiction, wenn man etwas Besitz nennt, was nicht mehr factische Detention ist? Ist nicht schon an sich die römische possessio als juristischer Besitz und ebenso die Gewere als germanistischer juristischer Besitz eine Fiction? Wahrlich, wie das einfachste Recht, insofern es nur das Recht eines Culturvolks und also der Entwicklung fähig ist, ohne Rechtsfictionen nicht auskommt, so hat insbesondere die Gewere schon in fränkischer Zeit auf Grund einer Fiction ihre bestimmte Gestalt erlangt, auf Grund der Fiction, dass Besitz angenommen wird ohne wirkliche Detention. Die Gewere des Lehnsherrn ist eine Fiction, wie die possessio des römischen Vermiethers eine Fiction ist [1]). So ist auch die Gewere des Erben eine Fiction,

[1]) Fiction hier allerdings in dem so weit als nur immer zulässig ausgedehnten Sinn des Worts genommen. Denn die juristische Kunstsprache hat die Bedeutung des Worts so eingeengt, dass ein durch Stellvertreter geübter Besitz als wirklicher (nicht fingierter) Besitz erscheint, weil es einem auch mässigen Grad der Rechtsbildung keine Schwierigkeit macht, sich zu der Abstraction zu erheben, dass man durch die Person eines Andern die Möglichkeit der Einwirkung auf die Sache,

die sich aber aus seinem starken Wartrecht sehr leicht erklärt, und die den Römern wohl nur deshalb fremd geblieben ist, weil sie dem entgegengesetzten Princip hinsichtlich der Erbschaftsantretung gehuldigt haben, und vielleicht auch, weil die Natur der hereditatis petitio, die Alles umfasst, was factisch zum Nachlasse gehört, sei es dem Erblasser auch geliehen oder bei ihm deponiert gewesen, Alles also was sich in der Gewere befand im äusserlichsten Sinn des Wortes, eine Anerkennung des Besitzes des Erben und Interdictenschutz desselben entbehrlich machte. Und so konnte das deutsche Recht auch von Bewahrung der Gewere trotz Besitzentsetzung reden in dem Sinne, dass in diesen Fällen der juristische Besitz, die Gewere in ihrer rechtlichen Wirkung gemeint war: ja gerade in dieser Anwendung kann Gewere erst recht nicht Besitzrecht heissen, weil dieses nur eine Rechtshilfe zur Wiedergewinnung des verlorenen Besitzes an die Hand geben könnte, während der aus dem Gut Getriebene als gar nicht des Besitzes entsetzt betrachtet wird, sondern sein juristischer Besitz trotz der Dejection fortdauert und als nicht aufgehoben angesehen wird. Und vollends in den Ausdrücken „Vertheilen der Gewere" (Ssp. II, 24, § 1) oder „Verlegen der Gewere" (Richtst. Landr. 23, § 5) liegt keineswegs der Sinn, dass damit schon der Uebergang der Gewere auf den Gegner erzielt sei, sondern sie sind gleichbedeutend mit den Ausdrücken Aburtheilen, Absprechen, Aberkennen des Besitzes, wodurch der Kläger nur berechtigt wird, sich einweisen zu lassen, resp. falls der Process über das Recht an der Sache sofort weiter geht, die processualischen Vortheile der Gewere in Anspruch zu nehmen. So sagen wir denn: Gewere ist und bleibt Besitz,

den Besitz habe. Aber was in einem vorgerückteren Rechtszustande keine Fiction mehr ist, ist es noch in einer früheren Culturepoche, und es ist vielleicht ursprünglich ein schwierigerer Schritt, eine grössere Fiction nöthig gewesen, um das Princip der Stellvertretung im Besitz in das Recht einzuführen, als in späterer Zeit der Schritt zur Aufstellung von Rechtsfictionen gewesen ist, die immer ihren Character als solche behalten werden.

Besitz im juristischen Sinn und damit auf Grund einer Rechtsfiction, und die Deutschen sind in dieser Fiction nach zwei Richtungen weiter gegangen als die Römer: in Anerkennung einer Gewere des Erben und in Fortdauer der Gewere des Dejicierten.

Dies letztere veranlasst noch zu einer Bemerkung über den Erwerb und den Verlust der Gewere im Vergleich mit dem römischen Recht. Die Römer stellen den Satz auf: der Besitz wird erlangt corpore et animo, neque per se animo, neque per se corpore, d. h. thatsächliche Gewalt und animus domini müssen zusammenwirkend sich realisieren. Die Gewere des Erben scheint diesen Satz für das deutsche Recht auszuschliessen, denn hier fehlt das corpus. Und dennoch liegen sich vielleicht auch hier römisches und deutsches Recht näher als der erste Blick zu zeigen scheint. Denn die thatsächliche Gewalt ist auch bei den Römern nicht als körperliche Berührung gedacht, „es ist wie erforderlich so genügend ein solches Verhältniss der Person zur Sache, welches die unmittelbare und gegenwärtige Möglichkeit gewährt, nach Belieben auf die Sache einzuwirken“ (Windscheid § 153). Es kommt also darauf an, wie weit ein Recht diese Möglichkeit als vorhanden ansieht. Und das deutsche Recht ist vermöge seiner Grundsätze über Erbfolge und Erwerb der Erbschaft hierin weiter gegangen als das römische. Weil der nächste Blutsverwandte, der vom Erbrecht nicht kann ausgeschlossen werden, zugleich in nächster körperlicher Berührung mit dem Erbgute steht und, wie er von Rechts wegen keines förmlichen Erbschaftsantritts bedarf, um das Erbrecht zu realisieren, so auch factisch leichter als irgend ein Andrer die Erbschaft erwerben kann, so betrachtet das Recht bei ihm das Erforderniss des corpus erfüllt, denn er hat in der That die unmittelbare und gegenwärtige Möglichkeit, nach Belieben auf die Sache einzuwirken. In diesem Sinn, dürfen wir sagen, gilt auch für das deutsche Recht der Satz: adipiscimur possessionem corpore et animo.

Weiter: bei den Römern tritt der Verlust des Besitzes ein vel animo vel etiam corpore, d. h. durch Aufhebung (besser: Verkehrung in das Gegentheil) eines der beiden Momente, deren Zusammentreffen den Erwerb des Besitzes begründet. Auch hier scheint das deutsche Recht abzuweichen durch den Satz, dass Dejection Verlust der Gewere auf Seiten des Entsetzten nicht begründet, insofern er wenigstens innert Jahr und Tag sein Recht verfolgt. Und doch dürfte man vielleicht auch hier sagen: selbst die thatsächliche Herrschaft ist nicht verloren, solang die rechtlichen Folgen derselben, die Gewerevortheile im Process, nicht verloren sind, und es nicht einer Klage auf Wiedereinsetzung in den Besitz bedarf, sondern der Dejicierte trotz erfolgter Dejection im Process um das Gut als Besitzer anerkannt wird. Der deutsche Gedanke ist nicht: trotz Verlust des corpus geht doch die Gewere nicht verloren, sondern: trotz Dejection geht das corpus nicht verloren. Haben doch selbst die Römer bei Dejection erst dann Besitzverlust des Dejicierten angenommen, wenn er die fremde Occupation erfahren hat; nur ein Schritt weiter ist es, der Kenntniss von der Dejection das Schweigen während Jahr und Tag zu substituieren. Deutet das ganze System des deutschen Besitzschutzes, wie wir es bald näher zu betrachten haben, auf diese Auffassung hin, so ist allerdings nicht zu verschweigen, dass einzelne Stellen sie nicht anerkennen, so namentlich

> Ssp. Lehnr. 11, § 1: Svelk gut en man an sinen geweren nicht ne hevet, . . . deme ne mach he nicht volgen an enen anderen herren, noch erven an sinen sonen. Svelk gut man aver nimt mit gewalt deme manne unde he dat irvolget mit rechter klage, dat gut erft he an sinen sone unde volget ime selven an enen anderen herren, al darve he der gewere.

Der Ausdruck Gewere ist hier in verschiedener Bedeutung gebraucht, das erste Mal im Sinn von juristischem Besitz, das zweite Mal im Sinn von factischer Gewalt. In römischer Denkweise ausgedrückt würde die Stelle lauten: wer nicht juristi-

schen Besitz hat, darbt der Folge an einen neuen Herrn und der Vererbung an den Sohn; der Dejicierte dagegen behält den juristischen Besitz, obschon er das corpus verloren hat (al darve he der gewere) und folgt daher dem Gut u. s. w. Demgemäss müsste dann allerdings eine Abweichung des deutschen Rechts vom römischen darin angenommen werden, dass bei Dejection trotz Verlust des corpus die Gewere doch nicht verloren geht.

Drittes Capitel.

Wirkungen der Gewere.

§ 15. Im Allgemeinen.

Der Germanist, der über die Gewere schreibt, befindet sich in einer etwas ungünstigeren Lage als der Romanist, der die possessio zum Gegenstand seiner Darstellung macht. Das längst festgestellte System des römischen Rechts hat der Besitztheorie bloss diejenigen Sätze zugewiesen, welche mit dem Begriffe und dem Wesen des Besitzes als solchen unzertrennlich verbunden sind und in ihrer Gesammtheit ein vollständiges Bild davon geben, was dem Besitz als solchem für eine rechtliche Bedeutung zukommt. Ausgeschlossen von der Besitzlehre sind daher alle die Sätze, in denen der Besitz an sich nicht Gegenstand einer Norm, sondern nur Mittel zur Normierung eines andern Rechtsverhältnisses ist, z. B. die Bestimmungen über Fruchterwerb des gutgläubigen Besitzers, über Usucapion u. dgl. Das deutsche Recht ist noch nicht in der glücklichen Lage, diese Ausscheidung getroffen zu haben. Unter der Rubrik „Gewere“ wird ein Gemisch von Rechtssätzen untergebracht, die an die verschiedensten Orte im System gehören. Getreu meiner Absicht, die deutschrechtliche Besitztheorie darzustellen, sollte ich eigentlich darauf keine Rücksicht nehmen, sondern nur den Rahmen festhalten, den das römischrechtliche System der Besitzlehre zugewiesen hat. Wenn ich es nicht thue, so

geschieht das darum, weil mein Buch noch nicht auf einem allgemein anerkannten Boden steht, sondern erst für die von ihm verfochtene Theorie den Boden erkämpfen muss. Da kann nicht einfach mit Stillschweigen übergangen werden, was bisher immer unter der Gewere ist behandelt worden und oft zu sehr bedenklichen Rückschlüssen auf das Wesen derselben gedient hat. Um in dieser Beziehung Irrthümer zu heben und falsche Auffassungen zu zerstören, sehe ich mich genöthigt, dieses dritte Capitel hier einzufügen; immerhin geschieht es unter der ausdrücklichen Erklärung, dass ich mir vollständig bewusst bin, wie wenig das hier Behandelte in die Besitzlehre gehört.

Es ist ein verhängnissvoller Irrthum, zu dem die Erklärung des Wortes Gewere als Besitzrecht Veranlassung gegeben hat, dass die Gewere das Recht auf die Nutzung ertheile. Ich habe schon früher darauf aufmerksam gemacht, dass man bei diesem Satz Ursache und Wirkung verwechselt: man erkennt die Gewere an der Nutzung, nicht aber folgt diese aus jener. In dieser Ansicht liegt aber zugleich der verderbliche Satz, dass wer die Gewere hat, auch wirklich berechtigt sei, die Nutzungen zu beziehen. Das ist auf den ersten Blick unrichtig. Derjenige, der sich wissentlich ein dem Veräusserer nicht gehöriges, von ihm etwa blos von Vormundschaft wegen besessenes Gut übertragen lässt und in dasselbe eingewiesen wird, hat unzweifelhaft die Gewere, aber ebenso unzweifelhaft muss er dem den Verkauf anfechtenden und im Process siegenden Eigenthümer mit dem Gut auch die bezogenen Früchte erstatten. Es liegt auch in der That in jenen auf S. 115 f. angeführten Stellen nicht die geringste Andeutung, dass der Besitzer berechtigt sei, blos kraft seiner Gewere die Früchte zu behalten. Sie sagen nur: wer die Früchte zieht, ist Besitzer. Ob dieser Fruchtbezug ein berechtigter ist, darauf kommt nichts an und darüber wird auch nichts entschieden, weil Gewere unter allen Umständen vor-

handen ist. Indem das Kennzeichen der Gewere angegeben wird, ist über die Berechtigung zum Fruchtbezug kein Urtheil gefällt. So wenig also in diesen Sätzen ein Princip hinsichtlich des Fruchtbezugs ausgesprochen ist, so wenig ist überhaupt ein solches aus dem Begriff der Gewere zu abstrahieren.

Dieser unrichtigen Theorie hat der von Albrecht (S. 74, 79) aufgebrachte Satz besondern Vorschub geleistet, dass das Pfändungsrecht des Zinsherrn für versessenen Zins eine Ausübung, eine Wirkung der Gewere am Grundstück sei. Denn allerdings steht der Erhebung des Zinses rechtlich gleich die Pfändung für Zins, und wenn also jene eine Wirkung der Gewere wäre, so müsste es auch diese sein. Da das aber nicht der Fall ist, so ist auch die Pfändung nur ein Kennzeichen der Gewere:

> Richtst. Lehnr. 29, § 2: Dar vrage wedder, sint dat he alle jarlikes dat ut gepandet heft, unde id dar mede in sinen weren gehad heft, eft he eme dar umme icht antwerden mote. Dat vindme.

Also, wenn es sich um Constatierung der Gewere handelt, so wird der Beweis derselben geführt entweder durch Nachweis des Fruchtbezugs, oder durch Nachweis der unangefochten gebliebenen Execution für nicht entrichteten Zins. Natürlich: durch Nachweis der freiwilligen Zinszahlung oder des rechtlich erzwungenen Zinsbezugs. Dass aber das Pfändungsrecht nicht Ausfluss und Wirkung der Gewere am Gut ist, scheint mir mit zwingender Nothwendigkeit aus folgenden Gründen müssen angenommen zu werden: erstens hat es ursprünglich gegenüber freien Hintersassen auf Vertrag beruht und ist erst in Folge davon, dass es regelmässig einbedungen wurde, schliesslich selbstverständlich und Rechtssatz geworden (Wach, Arrestprocess, I, S. 31); zweitens und hauptsächlich: der Zinsherr hat gegenüber dem Zinsmann gar keine Gewere am Gut, sondern nur gegenüber Dritten, im Verhältniss zu welchen er vermöge seiner Nutzung (resp. Pfändung) Besitzer, und der Zinsmann nur sein Stellvertreter im Besitz ist. Solang daher

nur das Verhältniss zwischen Zinsherrn und Zinsmann in Frage steht, — und das ist der Fall, wo es sich um die Berechtigung der Pfändung und die Motivierung des Pfändungsrechts handelt, — kann von keiner Gewere des Zinsherrn am Gut die Rede sein, wie auch in der That die Weisthümer nichts von einer Gewere des Herrn im Kreise des Hofrechts wissen, sondern sie nur im Verhältniss nach aussen erwähnen, z. B. Grimm, I, 181, 187 l. 6 v. u. und sonst; das Motiv des Pfändungsrechts ist mithin nicht die Gewere, welche nicht existiert, sondern muss in dem grundherrlichen Recht des Zinsherrn am Gut (mag es im Uebrigen auf Eigen, Lehn, Satzung u. s. w. beruhen) gefunden werden. Auch die Quellen lauten in dieser Richtung:

> Verm. Ssp. III, 14, 7: Keyn man mag selber gephenden ane gerichte, ane uf syme eygen adder uf syme lehen, do phent he selber wol vor sinen ʒcins.
>
> Wasserschleben, S. 370, c. 17: Ist das Hans ircʒugen kan mit dem lehnherrn, daʒ her das gut in lehn unde in nucʒen gehabit hat vnde vor seynen cʒins gephant hat, daʒ man ym billich seyne phant sulle wider gestellen (wenn er sein Lehnrecht beweist, so ist sein Pfändungsrecht constatiert)[1].

Die Stellen des verm. Ssp. II, 4, 6 und 8 (her sal phenden in der gewere — wen ome vorslossen sy sin gewer) beweisen auch nichts für die Meinung Albrechts, da hier Gewere im Sinn von Besitzthum, Haus und Hof, steht, und ebenso von dem Richter gesagt ist, er möge für sein Gewette phenden uf der gewer, obschon doch der Richter unzweifelhaft keine Gewere hat. Schwabenspiegel und Ruprecht von Freising ersetzen daher hier das Wort Gewere geradezu durch Gut.

[1]) Einen Beleg aus Frankreich giebt das Stadtrecht von Ault (1340) in Recueil des doc. inéd. de l'hist du tiers-état, IV, p. 773: Si burgenses locaverint domum suam vel ad censum dederint, illi possunt capere vadia in illa domo propter locationem vel propter censum sine licentia ballivi, sine emenda.

Schwsp. (L.) 85 (Rupr. 60): Ein iegelich man mag wol phenden vf sinem gute, da man im gelt von git.

Auch die Weisthümer, so viel sie vom Pfänden des Gutsherrn reden, leiten doch dieses Recht keineswegs von seiner Gewere ab, sondern von seinen grundherrlichen Rechten, und stellen es auf gleiche Linie mit dem Gericht, z. B.

Grimm, I, 332: wer herre ist, des ist ouch das gericht vnd was davon gevellet, und het ouch da anders nieman nüt ʒe schaffende, wan da sol ouch anders nieman richten noch pfenden.

Also wie die Gerichtsbarkeit, so ist auch die Pfändung, die ja im Grunde als Execution für Schuld selber nur ein Bestandtheil der Gerichtsbarkeit ist, ein aus dem Princip der Gutsherrlichkeit fliessendes Recht, und entspringt aus dieser, nicht aus der Gewere, sowenig als die Gerichtsbarkeit (vergl. Grimm, I, 326 § 6).

Je mehr übrigens im Lauf der Zeit in den Städten das Recht des Zinsherrn am Gut von Intensität gegenüber dem des Zinsmanns verlor, desto leichter gerieth sein Pfändungsrecht in Zweifel, und bei den Renten drang es nicht durch.

Indem wir dem Satz: die Gewere giebt ein Recht auf die Früchte, den Satz entgegengestellt haben: der Fruchtbezug entscheidet über die Besitzfrage und bewirkt die Gewere, ist damit auch gesagt, dass derjenige, welchem ein Anderer den Fruchtbezug von seinem Gut und dadurch die Gewere eingeräumt hat, dieses Recht auf die Früchte nicht in Folge seiner Gewere, sondern kraft seines Rechts an fremder Sache, resp. seines obligatorischen Anspruchs gegen den Eigenthümer hat. Bei den Römern ist hierüber kein Zweifel, weil bei ihnen Usufructuar, Emphyteuta, Pächter u. s. f. keine possessio haben. Bei den Deutschen ist das Rechtsprincip keineswegs ein anderes, nur wurde dadurch, dass jeder zum Bezug der Früchte Berechtigte auch juristischer Besitzer ist, bisweilen den Quellen Anlass zur Unklarheit gegeben, und es wird etwa hie und da zur Bezeichnung der Rechte des Pächters gegenüber dem

Verpächter die Gewere statt des dem Pächter eingeräumten Nutzungsrechts als Motiv hingestellt, an sich incorrect, aber erklärlich durch das Zusammenfallen von Nutzung und Gewere. So wird z. B. der Satz, dass die Busse für Vergehen auf dem Gute dem Lehnsmann gehöre und nicht dem Herrn (Ssp. Lehnr. 14, § 1), damit motiviert, dass jener die Gewere habe, während der eigentliche Grund ist, dass der Herr dem Lehnsmann die Nutzung (im weitesten Sinn, also auch das Gericht) übertragen hat und dieser kraft seines dinglichen Rechts wie zum Bezug aller Früchte, auch der fructus civiles (Gerichtssporteln), so auch zur Erhebung der in der Herrschaft verfallenden Bussen und Besserungen berechtigt ist [1]). Wie wenig übrigens das Recht auf Fruchtbezug Folge der Gewere ist, zeigen zum Ueberfluss die bekannten Sätze über das Verdienen der Früchte, an die hier nur zu erinnern genügt, und die uns beweisen, dass nicht der zur Zeit der Reife zufällig Besitzende die Früchte nimmt, sondern der, welcher in Folge seines Rechts am Gute die Arbeit zu ihrer Hervorbringung verrichtet hat. Ausser den bekannten Stellen der Rechtsbücher ist hierüber lehrreich Wasserschleben, S. 231, c. 76.

Aus der Verbindung der Begriffe Nutzung und Gewere ist auch der Satz entstanden, dass wie der Nutzen, so auch die Gefahr der Sache mit Uebertragung der Gewere auf den Erwerber übergeht. Die Römer haben, eben weil ihnen Nutzung und Besitz nicht identisch ist, die Lehre vom periculum und commodum rei venditae, rei legatae unabhängig von der Besitzfrage ausgebildet, das periculum geht über vor dem Besitzübergang. Bei den Deutschen wirkte die einfache Argumentation, dass weil die Gewere durch Ueberlassung der Nutzung

[1]) Ein solches Beispiel von Vermischung des Fruchtbezugs und der Gewere giebt auch Glogauer Rechtsb. 16: Ap eyn man eyn gemauert erbe hette cgu seyme leibe, dor nach worde dor an gemauert, was geldis do von gevile (d. h. was der Nachbar Einkaufssumme zahlt?) das folgite billicher deme der is in geweren hat den deme der des angefellis worden (= wartend) ist.

begründet werde, und Nutzen ohne Gewere undenkbar sei, so auch die Gefahr mit der Gewere müsse verbunden sein. Correct gedacht heisst es: mit dem Nutzen geht auch die Gefahr über. Solang aber mit dem Nutzen die Gewere von selbst gegeben war, sagte man ohne Anstand: mit der Gewere geht die Gefahr über. Dieser letztere Satz wurde erst falsch unter der Rechtsbildung der Stadtrechte, welche zur Entstehung der Gewere ausser der Besitzeinweisung noch Auflassung vor Gericht forderten und sich dadurch verleiten liessen, die Gefahr auf Seite desjenigen zu lassen, der sich noch nicht durch Auflassung der Sache entäussert hatte. Denn nun konnte möglicherweise einer schon längst im Genuss eines Gutes stehen, aber weil ihm dasselbe nicht aufgelassen war, noch sich dem periculum entziehen, so dass Nutzen und Gefahr nicht mehr zusammenfielen. Dieser innere Widerspruch zeigt sich sehr schön in zwei Schöffenurtheilen bei Wasserschleben S. 169 und 440. In beiden Fällen war ein Haus verkauft und dem Käufer in seinen Besitz übergeben, aber nicht aufgelassen worden, weil sich noch Anstände wegen der Bezahlung erhoben hatten, und in den Händen des Käufers verbrannte das Haus. Es fragte sich, wer den Schaden zu tragen habe. Im ersten Fall behauptete der Verkäufer: her (der Käufer) gewerte sich des hoffis und besserte den mit schunen dache und mit andrim gebeude unde furte doryn deln schindel und andir holcz und machte ym den hoff nuczcze, woraus er den Schluss zog: sintdemmale das an mir nicht gebrochs ist gewest und her sich des hoffs gewert hat und doryn gesazt hat seyn holcz und schindel und den gebessert hat mit schunem dache, ab der hoff mit merem rechte ym vorbrant sulle seyn denne mir. Der Käufer dagegen argumentierte: mir ist nicht aufgelassen, darum habe ich keine Gewere am Gut erhalten (das mir der hoff nicht uffgelassen wart und doran keyne rechte gewere ny gehat habe noch gewonnen), folglich sei der Hof verbrannt yn der frawen (Verkäuferinn) syczczenden gewere alzo alz mir die frawe den hoff ny gerumet hat noch mir die gewere doran

ny gegebin hat und mir ouch der hoff von der frawen nicht uffgelassen ist, und stellt die Urtheilfrage: ab nu der hoff der frawen adir meir vorbrant solle seyn, wenn ich wedir lehn noch gewere doran ny gehabt habe. Das Gericht erkennt: Hat die frawe nicht entrumet und dem Tyczmanne vor gerichte nicht uffgegebin, zo ist der schade ir und nicht Tyczmannes. Noch bestimmter tritt das Alles in dem zweiten Fall hervor, auch hier fragt der Verkäufer: Sint daz her sich des husis czu rechter gewere mit wirtschafft vnderwunden had, ap her mir meyn gelt gebin sulde eher wenne daz her mir von sulchens schadens ader brand wegin vorgehalden moge, und das Gericht findet: ist das hus vorbrand er her des vor gerichte uffgegebin had, so mus her (Verkäufer) den schaden doran habin, sintemal daz her daz husz nicht vorrecht vnde uffgelassin had. Das waren Widersprüche, die das alte Recht nicht kennen konnte, weil es Nutzung und Gewere nicht trennte, und in diesen Fällen unbedingt dem Käufer, der den Nutzen zu ziehen begonnen hatte, auch die Gefahr überbunden hätte [1].

Konnten wir nach deutschem Recht so wenig als nach römischem den Besitz als die Ursache des Fruchtbezugs anerkennen, mussten wir vielmehr finden, dass derselbe dem dinglichen Recht des Nutzenden, resp. der vertragsmässigen Gebundenheit des Eigenthümers entspringe, so muss sofort in Frage kommen, ob, wenn Jemand in guten Treuen ein solches Recht zu haben meint und im Vertrauen auf dieses Recht die Früchte geniesst, er sie später, wenn sich sein Recht als nicht vorhanden und mithin sein Besitz als unrechtmässig herausstellt, ersetzen müsse. Das römische Recht hat hier den Billigkeitssatz aufgestellt, dass der bonae fidei possessor

[1]) Ueberhaupt ist die ganze Theorie von Nutzen und Gefahr im deutschen Recht eng mit der Frage des Besitzes verbunden, eben wegen der engen Bezüge von Nutzung und Gewere. Das zeigt sich, um nur Ein Beispiel zu nennen, an der Behandlung des Pfandgläubigers hinsichtlich der Gefahr der Sache. Man vergl. Tomaschek, No. 63 und die dort citierten Stellen.

für die verzehrten Früchte nicht ersatzpflichtig sei, die noch vorhandenen dagegen herauszugeben habe. Auch das deutsche Recht, weit entfernt, aus der Gewere an sich das Recht auf die Früchte zu deducieren, steht hier auf ähnlichem Boden:

> Ssp. II, 44, § 2: Sve aver en gut in geweren hevet, dat ime an irstorven is, oder ime gegeven oder gelegen is, unde he't selve niemanne ne nimt, des ne darf he nicht wedergeven, des he dar ut nimt, of ime dat gut afgewunnen wert, de wile he dar af neues rechtes ne weigeret.

„Dieweil er sich nicht Rechtes geweigert hat“, oder wie das Glogauer Rechtsbuch 11 in der Parallelstelle sagt: wenne her nymandis rechtis geweret had, hat in erster Linie den Sinn: wenn er sich des gerichtlichen Verfahrens nicht weigerte (Homeyer, II, 2, S. 407 f.), darf aber wohl für unsere Frage so verstanden werden: solang er überhaupt unangefochten gelassen, nicht ins Recht gezogen, das Gut „unbeklaget“ (Schwsp. L. 211), er also in bona fide ist. Sobald er einem Rechtsanspruch gegenübersteht, ist er nicht mehr bonae fidei possessor, von diesem Moment an haftet er für Rückgabe der Früchte. Vergl.

> Richtst. Landr. 27, § 4: Wordet di denne wol afgewunnen, so vrag, na deme dattu dar ni rechtes af ne weigerdest, unde it nemen nomen hefst, oft du icht behalden mutest, dat du dar ut geboret hefst. Dat vintme.

Besonders reich ist hierüber der Schwabenspiegel.

> Schwsp. (L.) 211: Swer buwet eines andern mannes acker mit wissende, wirt er dar vmbe beschuldeget, er hat sin arbeit verloren.... Swer daȥ lant buwet oder seiget für daȥ eȥ ȥe clage kumet, der verluset sin arbeit vnd sine sat Swaȥ ein man buwet vnde seiget, daȥ vmbeclaget ist, da sol er sin arbeit vnde sin gut her abe niessen.
>
> ibid. (L.) 279. 353. 375, IV.

Je bestimmter auch nach dieser Richtung wie nach so manchen andern für das deutsche Recht sich dieselben Grundsätze eröffnen wie für das römische, desto mehr bin ich veranlasst, mich mit diesen blosen Andeutungen zu begnügen und diesen Punct nicht weiter zu verfolgen. Denn der Besitzlehre gehört er, wie ich wiederhole, nicht an, sondern der Lehre vom Eigenthumserwerb neu entstandener Sachen. „Der Besitz bildet zwar auch die Grundlage für wichtige Fälle des Eigenthumserwerbs, aber dabei ist er eben auch nur Grundlage eines Erwerbs, eine von mehreren Voraussetzungen, welche in ihrem Zusammensein zu einer rechtlichen Macht führen, es ist nicht der Besitz als solcher, welcher eine rechtliche Macht gewährt. Deswegen wird von diesen andern rechtlichen Wirkungen des Besitzes nicht in der Lehre vom Besitze, sondern in der Lehre vom Eigenthum gehandelt, in die Lehre vom Besitz gehören nur die rechtlichen Grundsätze über den Schutz des Besitzes" (Windscheid, § 158). Dieser Satz passt Wort für Wort auf die deutsche Gewere. Durch das Beispiel der Romanisten, unsrer Meister in der systematischen Behandlung, gedeckt, verlasse ich die in vorstehendem Paragraphen angedeuteten Fragen, die sich noch durch andre vermehren liessen.

§ 16. Wirkung der Gewere in Processen um Gut.

Die von den Quellen am Deutlichsten hervorgehobene Wirkung der Gewere besteht darin, dass jedes eigenmächtige Eingreifen in den Besitz eines Andern untersagt ist, und der Besitzer Anspruch auf Schutz gegen solche Eigenmacht hat. Wie sich dieser Schutz realisiert, wird das nächstfolgende Capitel zeigen. Hier dient uns dieser Satz zum Ausgangspunct andrer Richtung. Die Quellen geben ihm in der Fassung Ausdruck, es könne dem Besitzer die Gewere nur mit Urtheil und Recht abgenommen werden.

Treuga Henrici regis c. 11 (Pertz II, p. 267):

Nullus a possessione rerum quas possidet ejicietur nisi possessio ab eo in judicio evincatur.

Ssp. II, 24, § 1: Man ne sal niemanne ut sinen geweren wisen von gerichtes halven, al si he dar mit unrechte an komen, man ne breke sie eme mit rechter klage (Schwsp. L. 191 b).

Ssp. II, 70: Man ne sal niemanne wisen von sime gude, dat he in geweren hevet, ime ne werde die gewere mit rechte afgewunnen.

Ssp. Lehnr. 38, § 4: Man ne sal niemanne von sinen geweren wisen, si ne si ime afgewunnen mit rechte.

In diesem Grundsatz ist wohl hauptsächlich die Erklärung dafür zu finden, warum sich die ältern Rechtsbücher, namentlich der Sachsenspiegel Lehnrechts, so gewissenhaft mit der Frage befassen, wann und von wem in jedem einzelnen Fall die Gewere erworben sei. Es ist für den Lehnsmann ausserordentlich wichtig, dass genau festgestellt sei, unter welchen Voraussetzungen er dem Herrn gegenüber in der Gewere des Lehnguts befindlich anerkannt sei, weil er dann sicher ist, dass jede Einziehung des Guts, jede anderweitige Verfügung darüber u. dgl. ohne Spruch des Lehnsgerichts ihn und sein Recht nicht berührt. Gerade wegen der Möglichkeit solcher, wenn auch vielleicht in guten Treuen vorgenommener einseitiger und unrechtmässiger Verfügungen des Herrn über Lehngut (man denke nur an die Schwierigkeiten, die in Folge Anwartschaft und Gedinges entstehen konnten) erschien es für das Lehnrecht doppelt nöthig, die Bedingungen der Gewere und damit des gegen eigenmächtige Entziehung geschützten Besitzes festzustellen, während im Landrecht solches Bedürfniss viel weniger vorlag, zumal nach der eben angegebenen Seite sich gar nicht äusserte, wesshalb die landrechtlichen Quellen naturgemäss über die Gewere kürzer hinweggehen als die lehnrechtlichen.

Der Satz, dass dem Besitzer die Gewere nur mit Urtheil

und Recht könne abgewonnen werden, schliesst den andern in sich, dass die Klagen um Gut, weil auf Abgewinnung der Gewere gerichtet, gegen den müssen erhoben werden, der das Gut wirklich in Geweren hat.

> Wasserschleben S. 133: Sintdemmale das bischoff Johan an dem gute do her ummb beschuldigit wirt von seyner kirchen wegen keynerleye rechtikeyt czusagit und des ouch yn seyner beczyczczungen und nuczlichen geweren nichten hat, zo en darff her das gut nicht vorantworten, zundir wer das gut in nuczcze und gewere hat, der musz do vor antworten, wenne her dorummb beklagit wirt.
>
> Goslar. Stat. S. 81, l. 10: Welkerleye gut en in sinen weren heft, dar scal he vore antworden billiker denne de, de der were darvet.
>
> Ssp. III, 31, § 2.

Darum weist der Amtmann (Verwalter) den Kläger an seinen Herrn:

> Brünner Schöffenbuch, c. 125: Si homo hereditatem suam alteri locavit, ad respondendum de tali hereditate non ille qui eam convenit, sed qui hereditatis possessor est proprius, ad judicium est citandus.

Die Fassung dieser Stelle scheint dafür zu sprechen, dass der Amtmann, Miether u. dgl., der keine Gewere hat, sich geradezu der Antwort wehren kann, gar nicht der richtige Beklagte für eine Klage um Gut ist[1]), anders als im römischen Recht, das nach der bekannten Constitution Constantins (l. 2, C. ubi in rem actio 3, 19) dem Pächter,

[1]) Vergl. Glanvilla, III, 1: Exigitur autem tam praesentia alterius quam tenentis, si idem dicat in Curia, rem petitam non esse suam, sed eam tenere ut sibi commodatam, vel sibi locatam, vel in vadium datam, vel suae custodiae commendatam, vel aliquo alio modo sibi tamen ut alienam deputatam. Tum ille cuius eam esse dixerit summonebitur per aliud breve consimile, et sic de novo versus eum incipietur placitum. Richtst. Landr. c. 14, pr.

gegen den dingliche Klagen über das Pachtgut altem Rechte gemäss (z. B. l. 9, D. de rei vind. 6, 1) correct gerichtet werden, nur die Befugniss ertheilt, durch nominatio domini, d. h. Aufforderung an den Eigenthümer zur Vertretung der Sache, sich der Verantwortlichkeit und damit der Vertheidigung zu entschlagen. Diese Verschiedenheit beider Rechte dürfte sich aus dem verschiedenen Beweisverfahren erklären. Das römische Recht stellt ab auf die Prüfung des klägerischen Rechts und weist dem Beklagten eine zunächst passive Rolle zu; da kann Beklagter sein, wer überhaupt die facultas restituendi hat. Das deutsche Recht dagegen sieht auf die Rechtfertigung des beklagtischen Besitzes, da kann nicht Beklagter sein, wer überhaupt keinen juristischen Besitz und keine Nutzung hat, weil ein solcher von vorneherein nicht im Stande ist, auch kein Interesse hat, der Beklagtenrolle zu genügen.

Wo auf Grund von Leiheverhältnissen eine Mehrheit von Personen sich die Gewere zuschreiben kann, compliciert sich die Sache hinsichtlich der Frage, wer zu belangen sei. Der Oberlehnsherr nämlich darf nicht gegen den von seinem Vasallen Belehnten auf das Gut klagen, z. B. etwa die Klage auf Vertheilung des Guts wegen Vergehungen seines Vasallen gegen den Aftervasallen richten, vielmehr wehrt sich der letztere, falls solches geschehen sollte, der Antwort:

> Ssp. Lehnr. 14, § 3: Die man n'is nicht plichtich umme sines herren gut dem oversten herren to antwerdene, dat he in sinen geweren hevet, al si he ok wol sin man.

Dagegen wenn im Landgerichte auf Lehngut geklagt wird, hat es keinen Anstand, die Klage gegen den Vasallen als den unmittelbaren Inhaber der Gewere zu richten, z. B. wenn der Kläger das Gut von einem andern Herrn zu Lehn zu haben behauptet als der Beklagte u. dgl. In solchen Fällen kann sich der Beklagte nicht der Antwort wehren, sondern hat nur Recht und Pflicht, seinen Lehnsherrn als Gewährsmann in den Process eintreten zu lassen, worauf

dann dieser letztere gemäss Ssp. III, 83, § 3 allerdings die Gewere und damit die Beklagtenrolle übernimmt:

Ssp. II, 42, § 1: Sve so klaget up enen anderen, he neme ime gut, dat ir jeweder ime to lene seget, secget se't in von tven herren, ir jeweder sal sinen geweren to dinge bringen.

Homeyer, II, 2, S. 399.

Weiter liegt in dem Satz, von dem wir in diesem Paragraphen ausgegangen, der Gedanke, dass die Gewere des Beklagten zu respectieren ist, solang nicht die Definitivsentenz gegen ihn ergangen ist. Es bedarf, um zu dieser Consequenz zu gelangen, nur einer kaum merklichen Abweichung von dem Satz der Treuga Henrici (S. 219):

Urk. v. 1250 (bei Stobbe, S. 444, in der mir zugänglichen Ausgabe Mösers v. 1824 aber unauffindbar): corporaliter sic possidens quis tam diu in ipsa debeat possessione manere, donec per justitiam evincatur.

Verm. Ssp. I, 20, 1.

Immerhin aber ist dem Besitzer das litigios gewordene Gut verboten, d. h. vom Richter mit dem Veräusserungsverbot belegt.

Richtst. Lehnr. 29, § 8: Wan alsus twe krigen unde panden in en gud, so boret deme lantrichtere, dat he dit gud en beiden vorbide,

spricht diesen Grundsatz für den Fall beiderseitiger Besitzhandlungen, also streitigen Besitzes aus, er ist aber unzweifelhaft auch bei nichtstreitigem Besitz gültig, da ja, wie früher (S. 218) angeführt, mit dem Moment der Klagerhebung der Beklagte aufhört gutgläubiger Besitzer zu sein, also auch nicht weiter verfügen kann.

Wie in solchem Fall das Gut „verboten“ ist, so haftet es auch, wenn der Besitzer als Kläger auftritt, für allfällige Wette und Busse:

Ssp. Lehnr. 52: Sprich en man gut an des ime

sin herre nicht ne bekant, unde he der gewere dar an darvet, he mut deme herren borgen setten sines geweddes unde siner manne bute of he sie verboret... Svar aver he die gewere an hevet, sin gewere sal sin borge sin, of he sie behalt mit getüge jegen den herren.

Wenden wir uns von diesen Vorfragen zur Betrachtung des Rechtsstreits selbst und des Einflusses der Gewere auf die Parteirollen und die Vertheilung des Beweisrechts, so begegnen wir wieder den gleichen Grundsätzen, die wir schon im ersten Buche (§ 5) für die fränkische Zeit festgestellt haben, nur ermöglicht die Fülle der Quellen jetzt eine sicherere Einsicht in Einzelheiten.

Da der Inhaber der Gewere naturgemäss der Beklagte ist, das deutsche Processrecht aber den Beklagten zunächst zur Rechtfertigung seines Besitzes beruft, so knüpfen die Quellen vielfach geradezu an die Gewere als den die Beklagtenrolle bestimmenden Factor den allgemeinen Satz an, dass der Besitzer vermöge der Gewere näher sei sich der Sache zu wehren, die Sache zu behalten, als der Kläger, welcher der Gewere darbe.

Richtst. Landr. 20 A. § 2: N biddet umme en recht tu vragende, oft he dat gut, dat he in rechter hebbende were heft, oft hes icht neger tu behaldende si mit siner rechten hebbenden were wan it em ennich ave tu winnende si mit iengerhande ansprake.

Schwsp. Lehnr. 10 b: Swer daȥ gut in gewer hat und sprichet daȥ ein andre an, der der gewer darbet, wen sol den gezіugen erteilen, der die gewer hat.

I F. 4 § 1: Si (fidelis) fuerit in possessione, et mota fuerit ei controversia a domino, ei defensio detur propter possessionem (cfr. I F. 26 pr.).

Richtst. Lehnr. 28, § 2: Sint ik dat (gud) in lene unde in geweren hebbe, eft ik des icht neger to beholdende si.

Urk. v. 1224 (bei Stobbe 446, nach Möser, mit gleicher Bemerkung wie zu der Urk. oben S. 223): ille qui in possessione corporali bonorum existet jure potiori probare tenetur possessionem huiusmodi et docere quod juste possideat quam alter possessionem impugnans.

Glogauer Rechtsb. 63: Ap eyn man beclagit wirt vmmb erbecȝins, des ist der man nehir cȝu behaldin der on in geweren had mit briffen ader mit seyme lehne ader erbherren, wenne ys ym ymand an gewynnen mag.

Prager Rechtsb. 98: Wer die gewere hat an eyme gute, do wider muss in yener mit mer rechte uberȝeugen; der hat pesser recht mit ȝeugen sich weren, den yener der der gewer darbit.

Wasserschleben, S. 159, No. 23: Bey der gnade und dem rechte und bey der nedirloge die euch von der herschafft vorbrifft ist und yn gewern gehabt hat, seyt ir neyr ȝcu bleybin wenne das euch das andir stete gebrechin mogen mit rechte.

Syst. Schöffenr. IV, 2, 90: ein Zinsmann will den Zins ablösen; der Beklagte, der den cȝins yn gewere hette, sagt, her welle bliben by siner gewer und besicȝunge. Der Kläger muss die Ablösbarkeit des Zinses beweisen, sonst mus her den cȝins liden und dem manne geben vnd en by syner besicȝunge lassen.

Es schien mir passend, diese grössere Auswahl von Stellen hier abzudrucken, um dadurch von vorneherein zu zeigen, in wie allgemeiner Fassung alle den bezüglichen Satz aussprechen, und dass also keineswegs aus ihnen zu entnehmen ist, der Besitzer gelange ohne Rücksicht auf das klägerische Vorbringen in allen Fällen zum Beweise, oder gar zum Beschwören seines Rechts. Ja man darf sagen, dass dieses Princip, so allgemein es auch hier ausgesprochen ist, in den wenigsten Processen um Liegenschaften wirklich zur An-

wendung gelangt. Nichts desto weniger ist es insofern massgebender Grundsatz, als es die Basis bildet, welche erst durch ein besonders dagegen gerichtetes Vorgehen des Klägers kann entfernt werden. Mit andern Worten: der Kläger kann den Beklagten nöthigen, seinen Erwerbstitel anzugeben, und dann diesen Titel als hinfällig darthun, oder er kann, was im Effect auf das Gleiche herauskommt, seinerseits der Klage durch Geltendmachung seines Rechtserwerbs eine so bestimmte Richtung geben, dass der Beklagte sich mit der blosen Gewere nicht mehr dagegen schützen kann, sondern auch seinerseits zur Begründung seines Rechtserwerbs sich herbeilassen muss. In dieser Weise spricht sich das Schöffenurtheil aus bei

> Wasserschleben, S. 134: Sintdemal das der bischoff ʒcu Meissen das holcʒ anspricht von der kirchen wegin alʒo gekoufft gut vnd nicht benennit wedir wen adir wudanne wie is die kirche adir seyne vorfarn das gekoufft habin cʒu eygin adir ʒcu wedirkouffe, und Rudolff von der Plawenicʒ das holcʒ vorantwortit, das her das in nucʒcʒlichin geweren und besicʒunge gehabt habe sechs jar adir lengir und habe das in lehenen von seynem hern dem hercʒogen von Sachsen, und habe das mit unrechte und mit eygener torstikyt und gewelden sich nicht undirwunden, so sal man en bey seyner gewere und gebruchunge lasʒen bleibin alʒo lange bis das man ym die were mit rechte breche.

Im Einzelnen ist der Gang von Klage und Antwort folgender: die Klage kann (falls der Kläger nicht etwa im Fall ist, durch Specialisierung seines Titels sofort die Frage auf das Feld der Untersuchung der Erwerbsgründe zu versetzen) ganz allgemein die Behauptung des klägerischen Rechts und in Folge dessen des widerrechtlichen Besitzes des Beklagten aufstellen. Das ist das Wenigste, was dem Kläger gestattet ist: blose Anfechtung des gegnerischen Besitzes ohne In-

anspruchnahme eines eigenen Rechts an der Sache geht nicht an, weil das Klagrecht durch einen Rechtsanspruch bedingt ist. Doch kann dieser Rechtsanspruch in der allerallgemeinsten Fassung ausgedrückt werden: „Du hast mein Gut“:

> Richtst. Landr. 26, § 1: Sculdege en, dat he sik hebbe dines gudes edder egens underwunden,

darin liegt 1. das Gut ist mein, 2. du hast es widerrechtlich in Besitz.

Dem gegenüber braucht der Verklagte ebenfalls nur zu antworten: ich besitze auf Grund eines Rechts, Eigenthums, Lehnrechts u. dgl.; darauf aber kann der Kläger verlangen, dass der Verklagte angebe, wie er zu der Sache gekommen sei. Das Verfahren bis zu diesem Punct ist kurz und klar angegeben in

> Richtst. Landr. 26, § 4: Clagestu denne, so vraget he: her richter, ic bidde ens ordels, na deme dat ic dat gut in minen hebbenden weren hebbe, oft ic mine were icht neger tu behaldende si, wen he se mi af tu winnende. Hir vrage jene wedder, oft he icht tu rechte scole secgen, wo dat gut in sine were komen si, er me eme de were deilen scole.

Der Fall, dass der Beklagte den Erwerbsgrund nicht mehr weiss, wird nicht als möglich gedacht, weil, sobald derselbe über Jahr und Tag hinausliegt, der Beklagte durch Vorschützung der rechten Gewere sich der Pflicht, einen Erwerbsgrund anzugeben, entzieht. Durch die Angabe des Titels erhält nun aber der Kläger den Anhaltspunct zur Anfechtung des Rechtserwerbs und damit des Rechts des Beklagten, z. B. wenn der Beklagte erklärt, er habe das Gut gekauft, so stellt der Kläger dem entgegen: dieser Kauf ist ungültig, weil ich schon vorher das Gut von demselben Veräusserer gekauft habe, oder: weil ich als nächster Erbe des Verkäufers einspruchsberechtigt bin u. dgl., oder der Angabe des Beklagten, Kläger selbst habe ihm das Gut zu Lehn oder Erbzinsrecht verliehen, opponiert der Kläger,

Beklagter habe das Lehn verwirkt, das Zinsgut sei wegen schlechter Bewirthschaftung verfallen, der Pachttermin sei abgelaufen u. s. w. Dadurch wird die Verhandlung auf ein neues Feld gespielt, wo die Gewere des Beklagten gänzlich ausser Betracht fällt. Wir haben uns daher nur mit dem Fall zu beschäftigen, wo der Kläger, nachdem er den Verklagten zur Angabe seines Erwerbsgrundes provociert hat, nichts dagegen vorzubringen weiss als eine einfache Negation: „es ist nicht wahr, du hast nicht gekauft" u. dgl. Dann eben findet der oben mit vielen Quellen belegte Satz seine Anwendung, dass der Beklagte vermöge seiner Gewere näher ist das Gut zu behalten. Und zwar beschwört er selbsiebent, dass er das Gut zu dem von ihm behaupteten Recht, auf Grund des von ihm geltend gemachten Erwerbs besitze.

Ssp. Lehnr. 38, § 1: Svelk ir jegen den overen herren sine erren lenes geweren getügen mach selve sevede siner manne, die behalt dat gut.

Weichb. (Daniels) 61: Hot aber eyn man ȥinsgut von eynem gotishuȥe, unde bekennet is em der herre nicht, er mag sien erbȥinsgut behalden ghein sinem herren selbsobende siner erbgenossin.

Weichb. (Mühler) 61 (vergl. dazu Laband, S. 359, Note): . . . darimme das he in der were is, darimme mac he das baȥ bewise mit bederven luten. Daȥ sal he bewise selbe sebende uf den heiligen und damit hat he behalden sin gut.

Richtst. Landr. 25, § 4: Sprike (se) it were er egen, unde hette se it in erer gewere, so vrag, wo se edder ere nakomelinge des vulkomen scolen, dat it ir egen si. So vintme, se scolens mit ses scepenbaren vrien mannen vullenkomen (Ssp. II, 44, § 3).

Richtst. Lehnr. 15, § 8: Wert denne deme heren (Unterherrn) de gewere gedeilet (nämlich wenn beide, Unterherr und dessen Vasall, vom Oberherrn direct das Lehn zu haben behaupten), so vrage de over-

here, wo desse here sines lenes gewere jegen em tügen scole. So vindme, med sessen des heren mannen, de to dem herscilde geboren sin.

Wasserschleben, S. 133: die egentliche were und besicȝcȝunge ist bischoff Johan nehir cȝu beweisen und cȝu behaldin selb sebinde wenn Rudolff von der Plawenicȝ en mit seyner schuldunge und cȝusprache dovon gedringe.

ibid. S. 246, c. 102: So mag der das virteyl landis und seyne eygintliche gewere doȝcu selb sebinde yngesessen leuthen aws dem gerichte bas behalden wenn seyne stifftachter ym von erbis wegen icht angewynnen moge.

ibid. c. 104 a: Nochdemmale sie yn den geweren sycȝt do sie ynne vorstorbin ist und ir die gewere mit rechte nicht gebrochin ist, ȝo sullit ir gunnen und vinden vor eyn recht, das sie selb sebinde yngesessener frommer luthe uff den heyligen beweysȝen sal und behalden, das das erbe eres vatirs sey gewest bis an seynen tod, do sie ynne vorstorbin ist, alȝo behelt sie ir erblich gewere.

ibid. S. 431: Streit über eine Viehweide des Dorfes Kottau, welche die Eigenthümer von Vorwerken in Anspruch nehmen: habin dy gebuer cȝu Cottaw der vyweyde also yres dorffes gemeyne gewonheyt vnde in nucȝen vnde geweren gehebit also lange cȝeyt, daȝ nymant anders gedencken kan, daȝ sy selbsibinde erhaldin vnde yrweisin wollin, dormethe syn sy nehyr dobey cȝu bleyben, also sy daȝ von alder gehabit haben, wen is on daȝ mit uwer insage gebrechin moglich.

In Bezug auf Zins:

Magd. Fr. II, 1, 4: Wy man cȝinsȝ bewisȝen sal, eyner spricht, her sy abecȝulosȝen, der nemer spricht, is sey erbecȝins, unde beide keyne bewisȝunge haben,

sunder der nemer dy were Ist der czins forderer mit dem czinsze beerbit in habinder were,.... so mag her und ist nehir syn erbe eygintlicher were selbsebinde an dem czinsze zu behalden (II, 1, 5. systemat. Schöffenr. IV, 2, 75 und 90).

In Bezug auf eine Servitut:

Glogauer Rechtsb. 130 = syst. Schöffenr. V, 10: Mag der man beweisin selp sibende aldsessin vnde erbsessin daz dy trauffe von alders seyn gewest, also sal her is behaldin.

Wir haben uns hier nur noch mit der Formulierung des Beweissatzes näher zu befassen, worüber zwar schon auf S. 148 eine Andeutung sich findet. Die Rechtsbücher halten streng darauf, dass nicht das Recht an der Sache, sondern der Besitz auf Grund des behaupteten Rechts, also die eigentliche Gewere, die Lehnsgewere u. s. w. bezeugt werde. Das ist keineswegs eine unjuristische Verquickung von Recht und Factum, ein Zeichen der Armuth des juristischen Denkens, ein Nothbehelf für den mangelnden Ausdruck des reinen Rechts, oder was man alles dahinter gesucht hat, sondern im Gegentheil die Folge einer ganz sichern und correcten juristischen Anschauung. Der Kläger hat den Besitz des Beklagten als einen unrechtmässigen angegriffen (injuste possides, detines), der Beklagte muss also seinen Besitz rechtfertigen, er muss, wie die Urk. v. 1224 (oben S. 225) sagt, docere, quod juste possideat, und den Beweis dieses rechtmässigen Besitzes erbringt er durch den Nachweis, dass er in Folge eines sein Recht begründenden Actes besitze. Der Sache nach kommt es allerdings auf das Gleiche heraus, ob man beschwört Eigenthümer zu sein, oder das Gut zu Eigenthumsrecht und auf Grund Eigenthumsübertragung zu besitzen, aber diese letztere Fassung ist zutreffender besonders auch wegen der von den sechs Zeugen verlangten Kenntniss der Sache. Denn diese, wie im Grunde auch der Beklagte selbst, können streng genommen weder

behaupten noch beschwören, dass der Beklagte Eigenthümer sei, wie ja überhaupt ein Recht als solches nicht Gegenstand einer Beweisführung und somit auch nicht eines Eides sein kann, sondern nur eine Thatsache. Darum beschwören sie, dass der Beklagte das Gut besessen habe auf Grund eines Erwerbsacts, der das von ihm ausgeübte Recht erzeugen konnte. Dieser Gedanke ist freilich im ältern deutschen Recht nicht streng festgehalten: in fränkischer Zeit „greift das Beweisthema oft in ausgedehntem Masse in das Gebiet der rechtlichen Beurtheilung hinüber" (Brunner, Schwurger. S. 47 Vergl. oben S. 79 Note 1). Auch Quellen aus der Zeit der Rechtsbücher zeigen hierin ein Schwanken, indem sie bisweilen, wie es der alte Process schon gethan hat, nicht die eigenliche, die Lehnsgewere u. s. w. zum Beweis verstellen, sondern das Recht selbst beschwören lassen, z. B. im Dresdner Schöffenrecht, bei Wasserschleben S. 110, c. 219: das is seyn vetirlich erbe sey. Der Sachsenspiegel hält sich davon in sicherem Gefühl frei.

Aus diesem Character des Beweisthemas ergiebt sich ein Doppeltes.

1. Es wird der Beweis nicht auf den Rechts*erwerb* selbst gerichtet, sondern auf die Rechtsausübung auf Grund eines Titels. Auf diesem Gegensatz beruht die im sächsischen Lehnrecht hauptsächlich so oft und bestimmt hervorgehobene Verschiedenheit der sechs Zeugen für die Lehnsgewere und der zwei Zeugen für die Belehnung: wer ein Gut als sein Lehn anspricht, ohne die Gewere zu haben, muss die Belehnung mit zwei Zeugen, welche bei derselben anwesend waren und sie sahen und hörten, beweisen; wer dagegen ein Gut, das er in Geweren hat, als sein Lehn in Anspruch nimmt, bezeugt die Lehnsgewere mit sechs Mannen, die es wissen. Aber was müssen sie wissen? müssen, wie Homeyer, II, 2, S. 604 fragt, die Zeugen um den Act der Belehnung wissen, oder nur die Kunde eines Besitzes nomine beneficii haben? Die Antwort geben drei Stellen zu Gunsten des erstern:

Ssp. Lehnr. 5, § 2: die it vor war weten dat it sin len si. Richtst. Lehnr. 29, § 7: dat en gud di vorlegen si. Livl. Ritterr. 7: dat he dat gud entfangen hebbe.

Namentlich die zwei letzten Stellen weisen darauf, dass die Zeugen vom Act der Belehnung selbst Kenntniss haben mussten, was auch für den Beklagten nicht zu ungünstig war und doch andrerseits dem Kläger eine gewisse Garantie gegen zu leichtfertige Behauptungen des Beklagten bot: das erstere nicht, weil innert Jahr und Tag seit der Belehnung wohl leicht sechs Mannen zu finden waren, die davon hatten wenigstens reden hören [1]; und das zweite, die Garantie des Klägers gegen leichtfertiges Behaupten und Schwören des Gegners, führte um so mehr zu dieser strengern Fassung des Beweisthemas, als ja nur dadurch der Beklagte seinen Besitz, wie ihm oblag, wirklich rechtfertigte, d. h. durch einen Rechtstitel belegte, und ein blosser Nachweis der Rechtsübung ohne Rücksicht auf den Titel noch genug gerechte Zweifel über die Rechtmässigkeit des Besitzes (die justa possessio) offen lässt. Namentlich der letztere Grund lässt mich von Homeyers Alternative die erstere wählen, obschon ich nicht läugne, einige Schöffenurtheile gefunden zu haben, die eher für die zweite sprechen, so z. B. in dem Spruch bei Wasserschleben, S. 128, c. 1:

daz bischoff Rudolff den nucz und gebruchunge, uffname der czynse an dem dorffe Reynersdorff selbir gehalden und alz seyner kirchen eigenthum uffgenomen dieweile das her lebte, und alzo an seyne

[1]) Die Thätigkeit der sechs „Gezeugen" ist die, dass sie ihre Aussage über das, was sie von der Belehnung etc. wissen, ablegen, und dann, wenn der Gegner es verlangt, sie noch beschwören. Das Gleiche ist der Fall bei Bezeugen der rechten Gewere, vergl. Wasserschleben, S. 324, c. 177: dem erbhern wart gcugegebin das her sulde bekennen bey seyner irbarheit was ym yn der sache bewust were, dornoch sulden die nackebuer ouch bekennen, und wes man den nackeburn nicht wulde gloubin, des sulden sie dirweisgen uff den heiligen.

nachkommen bischoff Johansʒe gebracht die egentliche were und besicʒcʒunge, ist bischoff Johan nehir cʒu beweisen und cʒu behaldin selb sebinde.

Aber dieses Urtheil ist offenbar schlecht gefasst, indem der Beklagte rechte Gewere vorgeschützt hat und diese ihm zum Beweise verstellt wird. Bei Beweis der rechten Gewere, der auch selbsiebent geführt wird, handelt es sich aber nur um blose Gewere, nicht um eigenliche, wie in § 17 zu zeigen ist. Daher hätte hier getrennt sein sollen: Bischof Johann soll beweisen erstens seine blose Gewere selbsiebent, zweitens seine eigenliche Gewere sola manu; statt dessen wirft das Urtheil beides zusammen.

Richtig dagegen Wasserschleben S. 361, c. 9:

> Alʒ was der toden frawen daʒ hus vnde erbe mit orem manne ufgegebin vor gerichte, so erbit ore helffte uf ore kind do sy starp, vnde daʒ der man seyner andern frawe seyn gut vnde erbe gab, do yn ist der kinder teyl nicht mette vorgebin. Dorvmmb mogen dy kinder ore erbliche gewere do sy ynne bestorbin syn selpvirde (wie sonst selbsiebent) yngesessener leuthe in dem gerichte bas behaldin vnde sweren daʒ daʒ vorstorben orer muter vor gerichte methe uffgegebin sey, wen man dorvon geweisin moge [1]).

2. Was selbstverständlich scheint, aber nur zu oft übersehen worden: es wird nicht die Gewere schlechtweg, sondern die Gewere auf Grund eines bestimmten Rechts beschworen. Ob dieses Recht ein sogenanntes stärkeres oder schwächeres als das vom Kläger in Anspruch genommene ist, ist durchaus gleichgültig; genug, dass es den Verklagten

[1]) „Erbliche Gewere" ist hier ungenauer Ausdruck, er bedeutet eigentlich auf Erbrecht beruhender Besitz. Aber hier genügt es zum Schutze der Beklagten nicht, dass sie Erben der Mutter sind, sondern sie müssen die eigenliche Gewere der Mutter darthun, d. h. dass ihr das Gut aufgegeben sei (gemäss Richtst. Lehnr. 29, § 7). Der Schlusssatz des Urtheils formuliert dies für das Eidesthema ganz richtig.

berechtigt, die Sache im Besitz zu behalten. Ebensogut also als z. B. der Erbe einer Frau, der auf Herausgabe eines von ihm zu Eigenthum besessenen Guts belangt wird, von welchem der Kläger behauptet es sei blos Leibgedinge der Erblasserinn gewesen, seine eigenliche Gewere selbsiebent beschwört, falls der Kläger den von ihm, resp. seinem Autor (von dem die Quellen in solchen Fällen nicht reden, weil er einfach in die Rolle des Beklagten eintritt) aufgestellten Rechtserwerb nicht als ungültig anzugreifen vermag (Ssp. II, 44, § 3, Richtst. Landr. 25, § 4), ebensogut gelangt der Beklagte zum Bezeugen seiner Lehns- oder Erbzinsgewere gegenüber einem Kläger, der das Gut als Eigenthümer herausverlangt, aber nichts anführen kann, woraus die Haltlosigkeit des beklagtischen Rechtstitels sich ergäbe. Man mache sich die Sache nur nach allen Seiten klar. In allen diesen Fällen ist das Verhältniss das, dass Kläger das Gut heraushaben will und ein gewisses Recht anführt, in dessen Ausübung ihm der Besitz gebühre, und Beklagter auch seinerseits ein Recht geltend macht, das ihn zum Besitz berechtige. Mit diesem vom Beklagten beanspruchten Recht kann das vom Kläger für sich behauptete vereinbar sein oder nicht, ersteres z. B. wenn Beklagter das Gut zu Lehn oder Erbzinsrecht vom Kläger empfangen zu haben erklärt und dem Kläger nicht sein Eigenthum, sondern nur sein Recht, es wieder in seinen Besitz zu ziehen, läugnet, letzteres, wenn etwa beide ein Eigenthumsrecht ausüben wollen. Nun, in allen diesen Fällen muss das Streben des Klägers darauf gehen, eine Thatsache geltend zu machen, aus der sich die Herausgabe-, bezw. Rückgabepflicht des Beklagten ergiebt, z. B. Ablauf der Pachtzeit, Verwirkung des Lehns; kann er das nicht, bewegt er sich nur auf dem Boden der Negation des beklagtischen Rechts und Rechtserwerbs, so gelangt eben der Beklagte zum Beweis selbsiebent in besprochener Weise. Wenn dagegen der Kläger den erstern Weg betritt, also eine Thatsache, welche den Besitz des Beklagten als hinfällig

erscheinen lässt, namhaft macht und zu beweisen erbötig ist, so bleibt dem Beklagten immer noch offen, durch Beweis des seinerseits behaupteten Rechtserwerbs mit zwei Augenzeugen diesen Angriff zurückzuweisen. Hierher gehören folgende Stellen (welche Laband S. 181 irrthümlicher Weise auf den Beweis der eigenlichen, der Lehnsgewere selbsiebent bezieht). Der Beklagte spricht an dem streitigen Gute Lehn an, und der Kläger erbietet sich zum Beweise: a) dass Beklagter blos sein Amtmann sei:

Ssp. Lehnr. 62, § 2: Liet aver ime die herre gut, des he ime sint nicht bekant, dat mut he getügen alse jene die der gewere darvet, mit den die't sagen unde horden.

b) Dass Beklagter das Gut nur als Zinsgut besitze:

Ssp. Lehnr. 13, § 3: Svar man jarlikes jenegen tins ave gift, dar ne mach die man an deme gude nen len behalden. Sprict die man aver len dar an, unde büt die herre mit getüge sin tinsgut dar an to behaldene, dem manne ne hilpet die gewere nicht, he ne mute sin len mit getüge behalden jegen sinen herren; dat mut die man bilker dun of he's vulkomen mach, denne die herre mute tinsgut an des mannes lene behalden.

Richtst. Lehnr. 23, § 3: Hedde de man ok van deme lene icht gegeven jarlikes, dat were wat id were, unde wolde's jenne sinnen alse rechtlen, here so vraget, sint gi betügen mogen, dat me van deme gude jarliken tins gegeven hebbe, eft he dar recht len an beholden moge. So vindme he ne moge. Vraget aver de man unde secht, id en si nen tinsgud, mer dat si sin rechte len, unde wil dat betügen, unde vraget wedder he des neger si to betügende edder sin here, so vindme de man.

Schwsp. Lehnr. 28.

c) dass Beklagter nur Burglehn, nicht rechtes Lehn habe:

Ssp. Lehnr. 13, § 1: Doch ne mach neman in borchlene recht len behalden sunder tüch, al hevet he dat gut in geweren.

In allen diesen Fällen steht der beklagtischen Behauptung des Lehns nicht die einfache Behauptung des Klägers, es sei bloss Burglehn, Zinsgut etc., entgegen (wäre das der Fall, so käme Beklagter zum Beweis seiner Lehnsgewere selbsiebent); sondern der Kläger bringt Thatsachen vor, die das Lehnrecht des Beklagten ausschliessen, und macht sich anheischig sie zu beweisen, z. B. Zinszahlung, Leistung des Burgdienstes; da muss Beklagter, will er sich das Lehnrecht retten, den Act der Belehnung beweisen; auf den Beweis der Lehns*gewere* kann jetzt nicht mehr abgestellt werden, weil diese ja eben der Kläger durch seinen Beweis (der Zinszahlung etc.) zu widerlegen bereit ist. Und zwar ist Beklagter zu diesem Beweise des Actes der Belehnung zuzulassen entweder bevor Kläger seinen Beweis geleistet, oder selbst nachdem er das schon gethan hat, indem es ja möglich ist, dass der Beklagte trotz erfolgter Zinszahlung, geleisteten Burgdienstes u. s. w. doch Lehnrecht hat, belehnt war, obschon er keine Lehnsgewere ausübte, etwa irrthümlicher Weise Zins entrichtete, oder das Gut ursprünglich als Zinsgut erhalten hatte und erst später belehnt worden ist. Derartige Fälle scheinen Ssp. Lehnr. 13, § 3 und Richtst. Lehnr. 23, § 3 im Auge zu haben, und damit stimmt erläuternd überein

I F. 4, § 4: Si aliquis possederit castrum, quod dixerit se pro feudo tenere, et e contra dominus per guardiam dixerit se ei dedisse, domini est probatio. Et si poterit probare, tunc ille qui tenet domino debet restituere, vel probare per pares curtis vel per breve testatum, postquam in guardiam suscepisset, se a domino pro feudo investituram accepisse, domino vero in probatione deficiente, tunc illius erit defensio, qui possidet.

Also der Herr kann die Burglehneigenschaft beweisen, der Vasall, dass er seither zu rechtem Lehn belehnt sei; gelingt aber dem Herrn sein Beweis der Burglehnqualität nicht, so tritt wieder die defensio possessoris ein, d. h. (cfr. I F. 4 oben S. 224) der Beweis der Lehnsgewere selbsiebent. Auch hier wie in so vielem Andern zeigt sich die völlige Uebereinstimmung zwischen lombardischem und sächsischem Lehnrecht. Man vergleiche noch die Fortsetzung der eben angeführten Stelle: Similiter si und I F. 2 § 1: Si vero gastaldi.

§ 17. Rechte Gewere.

Der Inhalt des § 16 stellt uns für die Periode der Rechtsbücher kein anderes Princip vor Augen als das schon aus den Urkunden der fränkischen Zeit entwickelte. Dagegen tritt uns nun eine für die Praxis überaus bedeutende Neuerung entgegen in der sog. rechten Gewere.

Schon die fränkische Zeit, besonders die langobardische Praxis hat ein Surrogat gesucht für die nach langer Zeit seit dem Gutserwerb schwierig und problematisch werdende Möglichkeit der Nachweisung des Rechtstitels; man hat sich begnügt mit dem dreissigjährigen ununterbrochenen Besitz, welcher dann nicht nur von der Angabe des Erwerbsgrundes dispensierte, sondern auch vom Beschwören des rechtmässigen Besitzes enthob. Das deutsche Mittelalter hat diesem dreissigjährigen Besitz den Besitz von Jahr und Tag, die rechte Gewere, substituiert, nach einer Seite also den Beklagten bedeutend begünstigend durch so wesentlich kürzere Frist, andererseits aber der rechten Gewere nur die Wirkung beilegend, dass sie von Angabe des Erwerbsgrundes befreit, nicht aber von Beschwörung des rechtmässigen Besitzes enthebt Das Princip der rechten Gewere ist also nicht dasselbe wie das der Klagverjährung.

Ich möchte nicht, wie das mit Vorliebe die französischen Juristen seit alter Zeit gethan haben, behaupten, dass die

rechte Gewere sich aus dem Satze der lex Salica tit. 45 entwickelt habe, wonach der in einer Dorfgenossenschaft sich Niederlassende nach Jahr und Tag nicht mehr kann zum Verlassen des neuen Wohnsitzes genöthigt werden. Dagegen wird wohl kaum zu bezweifeln sein, dass dieser Satz des tit. 45 und die rechte Gewere des spätern Mittelalters beides Ausflüsse eines und desselben Rechtsgedankens sind, der sich ja auch noch nach andern Richtungen fruchtbar erwiesen hat. Es ist der Gedanke, dass man sich durch Schweigen während Jahr und Tag verschweige, der in karolingischer Zeit besonders noch in dem Cap. v. 803, der Grundlage des spätern Contumacialverfahrens (s. oben S. 203), gesetzlich anerkannt wird. Immerhin muss auffallen, dass die Quellen fränkischer Periode der rechten Gewere in der Anwendung wie sie die Praxis des spätern Mittelalters beherrscht, nicht erwähnen, und wenn wir weiter in Betracht ziehen, dass sie in Italien abgesehen vom Lehnrecht (I F. 26, § 1) unbekannt geblieben ist, und in Frankreich wesentlich anders gestaltet auftritt als in Deutschland, so können wir uns der Ansicht nicht entziehen, dass sie einer Rechtsbildung verhältnissmässig neuerer Zeit angehört. Aus dem 11. Jahrhundert finde ich sie nur in sporadischen Zeugnissen, so in den leges et stat. fam. S. Petri Wormat. § 1: Si quis ex familia ad sociam suam legitime venerit, quicquid in dotem dederit, et hoc ipsa annum et diem non proclamatum possidet etc., sodann in zwei Urkunden von ca. 1035 (bei Martene et Durand, Coll. II, p. 56 u. 58; die letztere auch bei Beyer, I, No. 306 = Hontheim, I, p. 366); die erste verbrieft einen Gütertausch zwischen den Abteien St. Martin zu Metz und Stablo, die zweite einen solchen zwischen Stablo und St. Maximin. Sie sagen: confirmatum est hoc concambium precepto Cuonradi imperatoris et legali advocatorum banno, ac justa tradicione habitum a predictis abbatibus per annum et diem digna census ac servitii solutione. Beides sind notitiae ohne Datum, nicht die eigentlichen Tauschurkunden, sondern erst Jahr

und Tag nach dem Tausch aufgezeichnet; was für ein Zweck damit sollte erreicht werden, ist mir nicht klar. Seit dem 12. Jahrhundert werden die Zeugnisse der rechten Gewere, d. h. der Frist von Jahr und Tag als Verschweigfrist, etwas häufiger, doch beschränken sie sich auf so knappe Erwähnung, dass sie kaum Anhaltspuncte für weitere Untersuchungen gewähren; am Deutlichsten erscheint sie wohl im Soester Recht von 1120 Art. 34 (bei Seibertz, U.B. zur Gesch. des Herzogth. Westfalen, I, S. 53). Ebenso wenig getraue ich mich etwas Bestimmtes zu äussern über die Herkunft der Frist von Jahr und Tag, ob sie sich berechnet hat nach den Gerichtsterminen (Grimm) oder nach Verhältnissen des Ackerbaues (Stobbe 470). Die letztere Ansicht findet scheinbar eine kräftige Stütze im normannischen Recht; die Meinung wäre dann die gewesen: hat man während Jahr und Tag, während einer ganzen Bodenbestellungsperiode, einen Andern das Feld bauen und die Früchte einsammeln lassen, so hat man kein Recht mehr darauf, von ihm Rechtfertigung seines Erwerbs anders als durch seinen Eid zu verlangen. Wir werden aber später (Buch III, Cap. 3) bei der Betrachtung des französischen Rechts sehen, dass die aus diesem Motiv entsprungene possession annale mit der rechten Gewere in keinem Zusammenhang steht, und dass dasjenige Institut, welches für das französische Recht noch am ehesten als Analogie der rechten Gewere gelten kann, mehr auf das Motiv der Versäumung von Gerichtsfristen zurückführt, indem der alte fränkische Gerichtstermin von 40 Tagen mit Hinzuzählung von trois assises als Grundlage der Frist von Jahr und Tag erscheint. Besonders kann dabei der Zusammenhang mit dem Contumacialverfahren (s. § 27) erheblich werden, so dass vielleicht das Cap. v. 803 c. 7 (Pertz, I, p. 117) und die Jahresfrist, die dem wegen Nichterscheinen des Gegners in Besitz Gesetzten zu Gut kommt, das Vorbild und der Anhalt zur Ausbildung der rechten Gewere geworden ist.

Indessen, ich darf nicht mit solchen Vermuthungen weiter fortfahren, sie haben keinen Werth, solang zu ihrer Begründung nichts kann beigebracht werden. Von Allem, was mit der Gewere zusammenhängt, ist mir die Frage von der Entstehung der rechten Gewere noch der unsicherste Punct, dessen Aufklärung einlässlicher Untersuchungen werth wäre. Ich wende mich zu der Darstellung der Grundsätze über die rechte Gewere, wie sie die Quellen des deutschen Mittelalters in überschwänglicher Fülle darlegen. Und auch diese Darstellung darf sich auf das Nothwendigste beschränken, indem Laband S. 292—352 diesen Gegenstand in gründlicher, weitgehenden Ansprüchen Genüge leistender Weise behandelt hat [1]).

Die rechte Gewere beruht auf dem Gedanken: wer einen Andern liegendes Gut in Besitz nehmen und ungestört besitzen lässt, ohne dagegen Widerspruch zu erheben, da er doch solchen zu üben Gelegenheit hätte, hat sich in der Weise verschwiegen, dass er im Processe über das Gut den verklagten Besitzer nicht mehr auf Angabe seines Erwerbstitels provocieren und diesen als unrechtmässig anfechten darf, sondern den Besitzerwerb als ein der gerichtlichen Verhandlung entzogenes fait accompli anerkennen und den Beklagten auf Grund seiner Gewere seinen Besitz als einen rechtmässigen erhärten lassen muss.

Wasserschleben S. 318, c. 169: ab her mit seyner stillir gewere seynes gutis icht neher zcu behaldene sey wenne ym ymand keyn hindern adir ansproche doryn getragen moge.

ibid. S. 348, c. 196.

Syst. Schöffenrecht, IV, 1, 1.

Toomaschek, Nr. 60.

1. Der Widerspruch gegen den Besitzerwerb des Andern muss erfolgen, sobald der dadurch sich beeinträchtigt Glau-

[1]) Insbesondere enthalte ich mich hier des Abdrucks der bei Kraut, Laband, Stobbe und sonst zusammengestellten Quellenbelege.

bende sich in Stand gesetzt befindet, seinem Interesse durch gerichtliche Klage Ausdruck zu geben. In höchster Schärfe verwirklicht sich dieser Grundsatz in der Aeusserung, dass wer bei einer gerichtlichen Auflassung oder Adjudication zugegen ist, sofort widersprechen muss, widrigenfalls er später den Erwerbstitel des Gegners nicht mehr anfechten darf. Andrerseits wird einer nicht präcludiert, so lang er in unverschuldeter Unkenntniss (Ssp. Lehnr. 38, § 1) von dem Besitzerwerb ist, oder wegen Abwesenheit ausser Landes oder durch echte Noth oder Handlungsunfähigkeit[1]) am Widerspruch gehindert ist. Wo aber weder jener Grund sofortiger Präclusion vorliegt noch einer dieser letztern Fälle vorhanden ist, gilt als Normalzeit für Erhebung des Einspruchs, und zwar auf dem Wege gerichtlicher Klage, die Frist von Jahr und Tag, daher die allgemeine Regel: wer innert Jahr und Tag nicht widerspricht, hat sich verschwiegen, und die beliebte Formel der Klagbeantwortungen: ich habe das Gut besessen Jahr und Tag ohne rechte Widersprache, und der Kläger ist in dieser Zeit mit mir gegangen zu Stege und zu Wege und zu Kirchen und hat mit mir gewohnt in Eynem Weichbild also lang und hat geschwiegen (Wasserschleben S. 114, c. 238, S. 272, S. 348 u. öfter). Daher auch der technische Ausdruck „rechte Gewere" geradezu für die während Jahr und Tag geübte Gewere.

2. Die Präclusion tritt nur ein gegenüber einem wirklich im Besitz Befindlichen, wobei freilich nicht unmittelbares körperliches Inhaben gemeint ist, sondern jede Art von hebbender Gewere, äussere sie sich nun in directer

[1]) Unmündige Kinder können widersprechen noch innert Jahr und Tag nach erreichter Mündigkeit. Jedoch hat das spätere Recht mit fortschreitender Verantwortlichkeit der Vormünder diesen Satz gebrochen, und ihn durch die Bestimmung ersetzt, dass für bevormundete Unmündige diese Entschuldigung nicht gilt, sondern der Vormund verpflichtet war ihr Interesse zu wahren, und wenn er das versäumt hat, die Kinder gegen ihn den Regress für den ihnen dadurch erwachsenen Schaden haben. Wasserschleben, S. 112, c. 224, S. 379, c. 28.

Nutzung oder in Zinsbezug oder in Lehnsdienstempfang. Nur kurz sei an einige bei der bisher herrschenden Lehre leicht verkannte Consequenzen daraus erinnert. Dem angegriffenen Besitzer, der selber noch nicht Jahr und Tag besessen hat, kommt der Besitz seines Vorgängers in allen den Fällen zu Gute, wo der Kläger auch dieses Vorgängers Besitz schon als unrechtmässigen anfechten muss, und zwar schon darum, weil der Vorgänger, vom Beklagten in den Process gezogen, gemäss Ssp. III, 83, § 3 wider in die Gewere eintritt und somit, wenn seit seinem Besitzerwerb schon Jahr und Tag verstrichen ist, dem Kläger gegenüber mit Erfolg die rechte Gewere geltend macht. Ebenso rechnet sich ja auch der Erbe, wie wir früher sahen, gemäss Richtst. Lehnr. 22, § 5 die Gewere des Erblassers an, dessen Besitzerwerb vom Kläger angefochten wird. Hat also A an B ein Gut verkauft, und B nachdem er es neun Monate besessen, es weiter an C veräussert, resp. vererbt, und nachdem C es sechs Monate besessen, erhebt der Erbe des A Klage auf Herausgabe, so hat C eine rechte Gewere, weil sein und des B Besitz zusammengerechnet wird. — Ferner: wo blos Auflassung erfolgt ist ohne wirkliche Besitzeinweisung, entsteht für den, dem aufgelassen wird, wie keine Gewere, so auch nie und nimmer eine rechte Gewere. Denken wir uns die Sache in practischer Anwendung, so kommt ein solcher ja gar nicht in den Fall, eine rechte Gewere geltend zu machen, denn er wird, weil er nicht besitzt, gar nicht auf Herausgabe belangt, sondern der noch im Besitz befindliche Auflassende; dieser kann dann, falls er schon Jahr und Tag besessen hat, die rechte Gewere vorschützen. Wäre die Entstehung einer rechten Gewere auf Grund blosser Auflassung ohne Besitzübertragung möglich, so erhielten wir z. B. den allem Rechte hohnsprechenden Fall, dass A in Abwesenheit seines Erben dem B ein Gut auflassen, selber aber in Besitz und Genuss desselben bleiben könnte, so dass der Erbe nach seiner Rückkehr keine Veränderung wahr-

nehmen würde, bis nach Jahr und Tag A das Gut nun förmlich an B übergeben und dieser einem sofortigen Widerspruch des Erben seine rechte Gewere in Folge Auflassung entgegenhalten würde. Zu diesem absurden Schluss muss man kommen, wenn man durch blose Auflassung eine Gewere entstehen lässt. Da aber die Unmöglichkeit dieses Schlusses in die Augen springt, so ist dies ein neuer Beweis (falls es noch eines solchen bedarf) dafür, dass durch Auflassung keine Gewere erworben wird.

3. Wie wirklicher Besitz während Jahr und Tag nothwendig ist und nicht blose Auflassung genügt, so bedarf es auch andrerseits nach den ältern landrechtlichen Quellen nichts mehr als des factischen Besitzes, keineswegs noch ausserdem der Auflassung. Erst das Magdeburger Recht hat dieses Erforderniss hinzugefügt (Laband S. 303—321). Es kann gerade nicht befremden, dass man in den Städten dieses Requisit denen der Erwerbung der Gewere hinzufügte, sobald man überhaupt der gerichtlichen Auflassung solche umfassende Bedeutung eingeräumt hatte, wie sie im Magdeburger Recht einnimmt, und man mochte gerade für die rechte Gewere um so mehr zu diesem Erforderniss hingezogen werden, als man darin eine wohlthätige Schranke fand, welche der Gefahr des Verschweigens durch grössere Publicität der Besitzübertragung gesetzt wurde. Aber gewiss war die Neuerung von weiter reichenden Folgen als wohl Anfangs beabsichtigt war, indem dadurch in das Princip der Besitztheorie und zumal des Besitzerwerbs ein fremdartiger Gedanke eingeführt wurde, der später wesentlich zur Umgestaltung, ja zur Aufhebung der rechten Gewere beitrug.

4. Das Vorhandensein der rechten Gewere, d. h. der ununterbrochen und unwidersprochen fortgesetzte Besitz von Jahr und Tag muss, falls Kläger ihn bestreitet, bewiesen werden, und zwar wird dieser Beweis selbsiebent geführt. Sein Character ist somit durchaus ähnlich wie der des Beweises über eigenliche, Lehnsgewere u. s. w. Wie hier die

sechs Zeugen ihre Kenntniss von dem Besitz auf Grund Eigenthumserwerbs, Belehnung u. s. w. beschwören, so beschwören sie bei der rechten Gewere ihre Kenntniss von dem Besitze schlechtweg:

> Ssp. Lehnr. 13, § 1: of die man die rechten geweren daran getügen mach mit seven mannen.
>
> Charta Ottonis für Neuland 1296 (Pufendorf, II, app. p. 10): si metseptimus per annum se probaverit possedisse.
>
> Wasserschleben S. 258, c. 120: Das her die (gewere) besessin hat czu seynen rechten genuge, kan her das dirweyszin selbsebinde unvorsprochener leute an eren rechten, do volvert her mete.

Darauf bezieht sich auch der öfter hervorgehobene Gegensatz zwischen Bezeugen der Lehnsgewere und der blossen Gewere; jene ist mit sechs Lehnsmannen zu bezeugen, diese mit sechs unbescholtenen Männern, wer sie seien (Ssp. Lehnr. 38, § 3; 74, § 2). Da die eigenliche, die Lehnsgewere u. s. w., wie wir sehen werden, noch nach dem Beweise des jährigen Besitzes von dem Beklagten mit seinem Einhandseid beschworen wird, so kann es sich bei dem Beweise der rechten Gewere selbsiebent nur um die blosse Gewere handeln. Das ergiebt sich zum Ueberfluss noch daraus, dass Richtst. Lehnr. 29, § 7 bei Besprechung der rechten Gewere den Satz des Ssp. Lehnr. 74, § 2 aufnimmt:

> Hedde aver dat en in geweren had ses weken unde en jar, de vrage, eft he des icht neger to beholdenne si dat vindme. So vrage vort, wo du dine were betügen scolest. So vindme, enes lenes gewere . . . motestu tügen med sessen des heren mannen, sunder eine hebbende were . . . tügestu med soven bedderven mannen we se sin.

Besonders aber aus Wasserschleben, S. 130, wo der Beklagte zu dem Beweis seiner rechten Gewere zugelassen zu werden verlangt gemäss lehnrechtis LXXIII Eine blosze

gewere geczeugit man selb sebinde etc. Demnach sind auch unter den seven mannen der oben angeführten Stelle Ssp. Lehnr. 13, § 1 nicht Lehnsmannen, sondern beliebige Männer gemeint (Homeyer, II, 2, S. 607).

5. Der Beweis der rechten Gewere wird dem Beklagten verlegt durch die Behauptung des Klägers, dass er (Beklagter) das von ihm beanspruchte Recht gar nicht ausgeübt habe. Für diese Behauptung muss Kläger natürlich den Beweis übernehmen, und daher darf sie auch nicht blos negativ gehalten sein, sondern muss eine bestimmte Thatsache zum Gegenstand haben. Z. B. wenn Beklagter Eigenthum anspricht, so kann Kläger nicht durch die blosse Negation desselben, durch die Behauptung, Beklagter habe nicht Eigenthumsrecht ausgeübt, ihn vom Beweis der rechten Gewere verdrängen, sondern er muss geltend machen und nachweisen, dass Beklagter das Gut nur kraft Vormundschaft besessen, oder jährlichen Zins gezahlt habe u. s. f.

> Ssp. Lehnr. 74, § 1: Sprict he dar len an, dat ne mach he alene uppe'n hilgen nicht behalden, he mut it getügen, of die herre . . . büt dat to getügene, dat sin man dat gut in sines lenes geweren hadde want an sinen dot.

(Der Fall ist der, dass der Beklagte eine Lehnsgewere anspricht, und der Kläger, der Lehnsherr, behauptet, er sei nur von Vormundschaft wegen im Besitz gewesen und die Lehnsgewere sei dem bevormundeten, nunmehr verstorbenen Mann zugestanden).

> Brünner Schöffenb. 328: Si aliquis censum determinatum de domo conventa pluribus annis solvet, non potest probare, quod ex praescriptione domus huiusmodi ad se spectat.

In solchen Fällen tritt das gleiche Verfahren ein wie oben auf S. 234 f. beschrieben: wenn der Kläger seinen Beweis führt, so kann Beklagter immer noch seinen Rechtserwerb mit zwei Zeugen, welche dabei zugegen waren, dar-

thun. Tritt dieser Fall des Bestreitens der Ausübung des behaupteten Rechts während Jahr und Tag ein und kommt es zum klägerischen Beweis seiner Behauptung und in Folge davon weiter zum Beweis des Beklagten selbdritt, so ist damit die Sache ganz erledigt, nicht nur eine Vorfrage gleich der über die rechte Gewere abgethan, die noch den Eid des Beklagten über sein Recht erforderlich macht. Dann hat ja der Beklagte sein Recht in bester Form durch Nachweis von dessen Erwerb dargethan, und eine weitere Verhandlung ist überflüssig. Der Spruch bei Wasserschleben S. 258 c. 120, der einen solchen Fall entscheidet, könnte zwar glauben machen, der Beklagte müsse nach diesem Beweise selbdritt noch den Beweis der rechten Gewere selbsiebent führen, weil nach dem Bescheide: kan Heinrich dirweyszen selb dritte mit czweyn mannen des hern yn lehnrechten, so bleybet her dobey, noch der Zusatz folgt: ouch alz her scrybet ummb die gewere . . . kan her das dirweyszin selb sebinde, do volvert her mete. Aber das ist eine Specialantwort auf eine Specialanfrage, die mit dem vorigen Entscheide nichts zu schaffen hat; beide Bescheide sind von einander unabhängig.

Auf Grund des Gesagten erklärt sich auch die vielfach beanstandete Stelle

> verm. Ssp. I, 43, 2: Wo eyn man eyn gut adder eyn eygen anspricht, daz iheme mit rechte geeyent ist, unde daz ior unde tag gehabt had in siner gewer ane rechte weddersprache, daz behilt her mit sines eyns hand uf deme stabe, dywile her nicht len unde gewer beluth. Beluth her gewer, dy muss her selbsybende behalden, beluth her len, daz muss her selbdritte behalden, noch wichbilde unde lantrechte. Czuth sich der man an daz gerichte, het her denn den richter unde zcwene schepphen, so en darf her keyn eyd thun, etc.

Die Paraphrase dieser Stelle dürfte dahin gefasst werden:

hat einer ein Gut Jahr und Tag besessen, so beschwört er sein Recht daran mit seinem alleinigen Eide. Wird ihm aber dieser jährige Besitz, die rechte Gewere, bestritten, so muss er sie selbsiebent beweisen. Wird ihm nicht die Gewere an sich angefochten, sondern seine Behauptung, dass er zu gewissem Recht besessen habe, wirksam bestritten, so muss er das len, Belehnung oder Uebertragung überhaupt, selbdritt beweisen. Beweist er dann diese Uebertragung mit Gerichtszeugniss, woraus also auch der formale vollständig gültige Erwerb hervorgeht, so ist damit die Sache zu seinen Gunsten definitiv erledigt, und es steht dieser Beweis nicht blos auf gleicher Linie mit dem Beweis der rechten Gewere, sondern macht auch noch den Einhandseid unnöthig.

Und endlich mag an diesen Punct noch gelegentlich folgende Bemerkung angeschlossen werden. Stobbe 471 sagt, mit der rechten Gewere hänge der Satz des Reichsrechts zusammen, dass der König heimgefallene Fahnlehn innerhalb Jahr und Tag wieder auszuleihen hat (Ssp. III, 53, § 1; 60 § 1), „denn wenn er sie solange besitzt, erwirbt er eine rechte Gewere an ihnen und kann sie für sich behalten, als ob sie seine Allodien wären, und nicht das Reich, sondern er selbst der Eigenthümer wäre“. Nun wäre es aber schon an sich verwunderlich unlogisch, diesen Gedanken so auszudrücken: der König muss das Lehn weiter verleihen, damit er keine rechte Gewere daran erwirbt, statt etwa: die Reichsstände müssen innert Jahr und Tag Wiederverleihung verlangen, sonst ist der König nicht mehr dazu verpflichtet. Aber zudem ist das Alles nicht richtig, weil gemäss dem eben Gesagten der König, auch wenn er ein erledigtes Fahnlehn unangefochten Jahr und Tag in Besitz haben würde, doch nie eine rechte Gewere daran gewinnen könnte, sondern immer durch den Beweis der auf Belehnung dringenden Reichsfürsten, dass er (der König) nicht zu Eigenthum besessen habe, sondern als Verwalter des Reichsguts, an Geltendmachung seiner Anmassung gehindert würde. In

der That, der König steht in solchem Falle nicht anders da als der Vormund, der Amtmann u. s. w., welche auch nicht nach vormundschaftlichem, Verwaltungs- u. s. w. Besitz von Jahr und Tag auf einmal sich Eigenthum zusprechen können. Jene Bestimmung des Reichsrechts hat in Wirklichkeit denn auch mit der rechten Gewere nichts zu thun, sondern wie überhaupt die Frist von Jahr und Tag im Lehnrecht viel Bedeutung hat, so ist sie auch für diese Vorschrift als Termin festgestellt worden: wie der Mann innert Jahr und Tag sinnen soll, so soll der König innert Jahr und Tag weiter leihen, und der Zweck ist hier ein wesentlich politischer, staatsrechtlicher, dem Privatrecht fremder und daher auch für das Privatrecht unverwerthbarer.

6. Durch den Beweis des unangefochtenen Besitzes während Jahr und Tag ist bewirkt, dass die Erwerbsfrage ausser Spiel bleibt. Aber mehr nicht: unerledigt ist nun immer noch die Frage, ob der Beklagte auch wirklich berechtigt sei, das Gut zu haben. Die Sache ist also jetzt in dem Stadium, in welchem ohne Vorhandensein einer rechten Gewere der Process dann steht, wenn Kläger den Erwerbstitel des Beklagten nicht durch positive Behauptung und Widerlegung entkräften kann, d. h. also in dem Stadium, wo der Beklagte zur Beschwörung seiner eigenlichen, Lehnsgewere u. s. f. gelangt. Dagegen tritt, falls der Beweis der rechten Gewere vorangegangen ist, nun die wesentliche Erleichterung ein, dass der Beklagte nicht selbsiebent, sondern sola manu schwört, weil er jetzt nach vielleicht langer Zeit seit dem Erwerb nicht mehr sicher ist sechs Wissenschaftszeugen zu finden; darin liegt eben die wesentliche Wirkung der rechten Gewere, dass man nicht nur über den Erwerb keine Rechenschaft mehr geben muss, sondern auch der Beweis des rechtmässigen Besitzes auf die denkbar leichteste Weise darf erbracht werden. Das Schwörthema ist aber dasselbe wie in dem Fall, wo der Beklagte selbsiebent seinen

rechtmässigen Besitz bezeugt: es ist auch in unserm Fall die eigenliche Gewere, die Lehnsgewere u. s. w.

> Ssp. Lehnr. 13, § 1: . . . of die man die rechten geweren dar an getügen mach mit seven mannen, des lenes gewere sterct he alene uppe'n hilgen unde behalt dat gut ane getüch.

Damit stimmt auch die im verm. Ssp. I, 43, 3 (Goslar. Stat. S. 25 Z. 33) gegebene Eidesformel überein:

> daz eygen habe ich in myne gewer bracht mit richter unde mit schepphen, . . . unde habe daz obir jar unde tag in mynen rechten gewern gehad.

7. Weil durch die rechte Gewere die Anfechtung des Titels des Beklagten ausgeschlossen wird, so braucht auch der Beklagte der Gewährschaft seines Autors nicht. Nach Magdeburger Recht, das zur Entstehung einer Gewere und somit einer rechten Gewere gerichtliche Auflassung fordert, gehört indess zum Beweis der rechten Gewere auch der Beweis der Auflassung, welcher mit Gerichtszeugniss zu führen ist, und zwar bei Lehngut mit Zeugniss des Lehnsherrn (Lehnsrichters). Laband, S. 330—336. Ein besonders lehrreiches Beispiel in dieser Hinsicht giebt der Fall bei Wasserschleben S. 322 ff. c. 175—177, wo der Beweis der rechten Gewere eben darum misslingt, weil die vom Beklagten beigebrachten Nachbarn von der Beleihung nichts wissen. Vergl. ebenda S. 387, c. 34.

8. Es versteht sich, dass durch die rechte Gewere solche Rechte nicht berührt werden, welche in ihrer Wirksamkeit durch die Gewere des Beklagten nicht beeinträchtigt werden. Vorab also Zinsrechte, z. B. der von einem Zinsmann das Zinsgut Erwerbende kann nicht nach Jahr und Tag sagen, er habe gegenüber dem Zinsherrn rechte eigenliche Gewere erworben und brauche ihm keinen Zins mehr zu zahlen, denn der Zinsherr hatte keinen Grund, den Besitz anzufechten.

> Syst. Schöffenr. IV, 1, 25, Glogauer Rechtsb. 125: Vorkeuft eyn man dem andirn eyn erbe und . . .

vorswigit dem koufmanne in deme koufe dy vorreichunge des yerlichin czinses der uf dem selbin erbe . . . stet, zo sal der man synyn czins behaldin, alzo her den in der gewere hot an dem vorkouftin erbe, und daz der koufman spricht . . . (her) habe is gekouft ane czins, des her ouch besessin habe iar und tag an alle ansproche, daz hilfit en allis nicht.

Ebenda, IV, 2, 92.

Wasserschleben, S. 303, c. 162.

Die Ausnahme des Magdeburger Rechts hinsichtlich der Servituten (syst. Schöffenrecht, V, 18) erklärt sich daraus, dass man in den Städten mit Ausbildung der gerichtlichen Auflassung immer mehr dazu kam, bei Veräusserung von Liegenschaften eine Anmeldung der darauf ruhenden Lasten zu fordern. Dieser neuen Idee gehört auch schon an der Schöffenspruch bei

Wasserschleben, S. 224, c. 70: Habin euch ewir vorkouffir die czwey teyl vor gerichte uffgelassen alzo frey gut und nicht geld adir schulde benumet das doruff stunde, und ewir wedirsache bynnen landis und mundig gewest und hat her sulche uffgabe die euch an dem hawsze gescheen ist mit seynem briffe bynnen iar und tage nicht wedirsprochen, so seyt ir bey ewrym gekoufften und uffgelassen gute das ir bynnen iar und tag ane ansproche besessen habit neir zcu bleybin, wenne euch ymant doran gehindern adir keyne schulde uff euch adir uff den hoff irvordirn moge.

Weiter bleibt unberührt das Eigenthum gegenüber rechter Leibzuchts-, Lehns-, Zinsgewere, das Lehnrecht gegenüber rechter Zinsgewere u. s. w., kurz alle die Rechte, welche die Möglichkeit des beklagtischen Besitzes zulassen.

Schwsp. Lehnr. 25: Ob der man gut versetzet daz er von einem herren hat, ane des herren hant, vnde ez iener in siner stillen gewer hat ein iar vnde

sehs wochen, daȝ der herre den man noch dem er eȝ versetzet hat dar vmbe nüt rehtvertiget, so hat jener reht an der satzunge, vnde mag er sinen man darumbe niht angesprechen, wan wurde eȝ dem herren lidig, er müse eȝ lösen.

Durch die rechte Gewere ist zwar das Pfandrecht dem Herrn gegenüber fest geworden, aber sein Eigenthum ist nicht dadurch angegriffen, weshalb er das Gut lösen kann.

9. Wer als angeblich nächster Erbe oder ohne irgend einen Rechtsanspruch (pro herede oder pro possessore) Gut des Erblassers in Besitz genommen hat, kann gegenüber einem anderen Erbansprecher nach Jahr und Tag keine rechte Gewere vorschützen, sondern erst nach 31 Jahren 6 Wochen und 3 Tagen die Verjährung geltend machen.

Richtst. Landr. 23, § 7: So vrag, oftu di binnen ses weken unde en unde drittich jare an dime erfeigen icht vorswigen mogest. So vintme du ne mogest.

ibid. 27, § 2: na deme dat erfeigens recht jegen de erven unde jegen den richter si, dat me sic binnen druttich jaren nicht vorswigen moge.

Verm. Ssp. I, 34, 1.

Diese aus römischer und deutscher Frist gemischte Verjährungszeit war im Grunde etwas Anomales, aus keinem juristischen Princip mit Nothwendigkeit Folgendes. Warum sollte der unter dem Vorwande der Erbeigenschaft ein Nachlassgut in Besitz Nehmende nicht ebenso gut gegenüber dem wirklichen Erben eine rechte Gewere erwerben können als der, an welchen jener das Gut sofort verkaufte? Indessen war diese Ausnahme zweifelsohne im höchsten Grade von practischem Werthe, weil bei Erbfällen besonders leicht verspätete Reclamationen einliefen, wie eine Menge Beispiele bei Wasserschleben (z. B. S. 227, c. 73, S. 230 c. 75, S. 248, c. 107, S. 428, c. 85) zeigen. Das Magdeburger Recht hat übrigens auch hier dem als Erben in Besitz

Tretenden die Möglichkeit eröffnet, zu rechter Gewere zu gelangen, und zwar auf dem Wege, dass er sich gerichtlich in das Gut einweisen lässt. Das Nöthige darüber ist auf S. 184 f. angeführt worden.

10. Zum Schluss die Frage: Was ist die Bedeutung der rechten Gewere im System der deutschrechtlichen Besitzlehre? Ich trete nicht ein auf den Streit, ob sie Verjährung oder Ersitzung, „Extinctiv- oder Acquisitivverjährung" (Albrecht, Note 205) u. s. w. sei. Gut hat schon Laband S. 352 darauf geantwortet. Und so wenig als Gewere Besitzrecht ist, ebenso wenig ist rechte Gewere „ein formell rechtsgültig entstandenes Besitzrecht, welches mit Beziehung auf bestimmte Personen als geschützt erscheint" (Stobbe, S. 468). Die rechte Gewere nimmt aber, so verschieden sie auch im Einzelnen von der römischen usucapio ist, doch im deutschen Privatrechtssystem durchaus die Stellung ein, welche das römische System der Usucapion zugewiesen hat, d. h. die rechte Gewere füllt im deutschen Recht die Lücke, welche im römischen Recht die Usucapion deckt, in analoger Weise, in Anpassung auf die verschiedene Rechtsanschauung, aus. Der gemeinsame Grundgedanke beider ist Schutz eines längern Besitzes durch Befreiung von der Untersuchung der Rechtsgültigkeit des Erwerbstitels, und Respectierung eines längere Zeit unangefochten gebliebenen Besitzstandes. Die Verschiedenheit liegt nicht im Grundprincip, sondern in der Art seiner Realisierung: während nach römischem Recht der juristische Besitz unter gewissen Voraussetzungen durch seine Fortdauer zum Eigenthum führt, so hilft nach deutschem Recht die Gewere (der juristische Besitz) durch ihre Fortsetzung zur sicherern und leichteren Vertheidigung des an dem Gut beanspruchten Rechts. So viel Verschiedenheiten zwischen usucapio und rechter Gewere nun auch im Einzelnen bestehen, so kann ich doch die von Stobbe 468 namhaft gemachte nicht anerkennen: „die usucapio und praescriptio wirken absolut, der ganzen Welt gegenüber, die

rechte Gewere wirkt nur relativ, einzelnen Personen gegenüber: es ist möglich, dass der entgegenstehende Anspruch der einen Person bereits untergegangen ist, der der andern dagegen noch besteht.“ Ich vermag dieser Behauptung einen richtigen Sinn nicht abzugewinnen: so gut der Römer gegenüber einem praesens nach zehn Jahren durch die Usucapion geschützt ist, und gegenüber einem absens noch weitere zehn Jahre lang ungeschützt ist, so gilt auch die rechte Gewere gegenüber dem Anwesenden, während sie einen Abwesenden noch nicht trifft; die rechte Gewere wirkt gerade so gut der ganzen Welt gegenüber als die usucapio, allerdings, wie auch diese, dem einen gegenüber früher, dem andern gegenüber später, und der Unterschied ist nur der, dass das deutsche Recht, wie es die Gründe der Suspension der rechten Gewere, die Fälle der echten Noth, mannigfacher gestaltet, so auch den Zeitpunct des Anfangs von Jahr und Tag mannigfaltiger berechnet als das römische Recht den Beginn der Usucapionszeit, aber es ist klar, dass das keinen grundsätzlichen Unterschied in Stobbe'scher Weise begründet. So wenig als die Usucapion ist denn auch die rechte Gewere ein materielles Recht, sondern wie jene als modus des Rechtserwerbs behandelt wird, so ist diese das Mittel zu leichterer Rechtsvertheidigung. Wie die usucapio ausserhalb der römischen Besitzlehre steht, weil sie nicht ausschliesslich Product der rechtlichen Macht des Besitzes ist, so gehört auch die rechte Gewere nicht der deutschrechtlichen Besitztheorie an, weil auch bei ihr der Besitz nur eine der Voraussetzungen ist, welche in Verbindung mit andern Bedingungen eine besondere Wirkung äussern. Nicht aus dem Princip des Besitzes folgt die Theorie der rechten Gewere, sondern aus dem Verschweigen des Gegners. Ebenso ist bei der usucapio der Besitz nicht das bewegende Element, sondern der Zeitablauf; hier wie dort ändert der Besitz seine Natur nicht, habe er nun Jahr und Tag oder erst einen Monat bestanden, und die Wirkung bei der usucapio auf

den Eigenthumserwerb, bei der rechten Gewere auf den Besitzesschutz folgt nicht aus dem Begriff des Besitzes, sondern aus dem Gewährenlassen des Gegners.

Viertes Capitel.

Schutz der Gewere.

§ 18. Vorbemerkung.

Im Vergleiche zu dem Umfang, den der Besitzschutz im römischen Rechte durch Ausbildung der Interdicte gewonnen hat, ist das, was das deutsche Recht für den Schutz der Gewere geleistet hat, dürftig genug. Zwar macht sich auch ihm das Bedürfniss geltend, dem Besitzer einen Schutz gegen Besitzstörung und gegen Besitzentsetzung angedeihen zu lassen; aber wie schon in fränkischer Zeit dieses entschieden vorhandene Bedürfniss nicht durch besondre possessorische Rechtsmittel befriedigt wurde, sondern blos dadurch, dass man in dem einen und untheilbaren Rechtsstreit über das Gut zuerst den Besitz und damit die Beklagtenrolle feststellte, so ist es auch im deutschen Mittelalter nicht zu einer Ausscheidung des Possessoriums aus dem Petitorium gekommen, und dadurch ist nothwendig die volle Ausbildung einer Theorie des Besitzschutzes verhindert oder doch wenigstens verkümmert worden.

Das römische Recht giebt gegen die zwei möglichen Fälle von Verletzung des Besitzes zwei verschiedene Rechtsmittel: das interdictum uti possidetis gegen Besitzstörung, und das interdictum unde vi gegen Besitzentziehung. Von diesen beiden Interdicten ist das letztere weitaus einfacher behandelt als das erstere, weil auch die factischen Verhältnisse, die ihm zu Grunde liegen, weit einfacher sind als die des andern: es beruht auf der Voraussetzung, dass der Kläger gewaltsam des Besitzes sei entsetzt worden; ist das der Fall, so muss ihm der Besitz restituiert werden, gleich-

viel was der Beklagte für einen Anspruch an das Gut erhebt. Beim interdictum uti possidetis compliciert sich die Sache dadurch, dass möglicherweise das judicium ein duplex wird, d. h. beide Parteien im Besitz gestört zu sein behaupten und den Besitz ansprechen. Daher sind die Fälle des interdictum uti possidetis sehr mannigfaltig: vielleicht erkennt der Beklagte den Besitz des Gegners am Gut ungeschmälert an und giebt seine Handlung selber nicht als Ausfluss eines Besitzrechts aus; oder aber, und das ist der häufigere Fall, er schreibt sich selbst einen Besitz zu. Weiter erscheint die Besitzstörung entweder als eine theilweise, wodurch der Gegner nur nach einer bestimmten Richtung in der Benutzung des Guts gehindert wird, oder als eine gänzliche, wodurch die gegnerische Benutzung des Guts durchaus gestört wird; das erstere also z. B. wo der Störende Handlungen vornimmt, die unter die Kategorie landwirthschaftlicher Servituten fallen, Vieh über das Gut des Andern treibt, Wasser auf demselben schöpft u. s. w., das zweite z. B., wo der Störende auf dem Acker des andern das Korn schneidet und sonst Früchte bezieht. Das römische Recht fragt beim interdictum uti possidetis nach diesen Unterschieden nicht, denn die Besitzfrage ist in allen Fällen die gleiche, und da sie rein für sich zur Verhandlung kommt, so besteht kein Grund, verschiedene Behandlung eintreten zu lassen. Das deutsche Recht ist nicht so weit gelangt. Es ist stehen geblieben bei der Stufe, die schon in fränkischer Zeit erreicht war, bei Untersuchung der Besitzfrage zum Zweck der Vorbereitung des Eigenthumsprocesses, und kennt daher eine Verhandlung über den Besitz an sich nur da, wo ohne vorherige Bereinigung der Besitzfrage die Parteirollen für den Eigenthumsprocess nicht festgestellt wären. Nur diejenige Besitzstörung also führt zu einem possessorium, welche die Parteistellung für das petitorium verwirrt hat, d. h. eine Störung, in Folge welcher beide Parteien sich den Besitz des Gutes zuschreiben. In allen andern Fällen hat sich das

deutsche Recht ohne Besitzprocess und Besitzuntersuchung beholfen, namentlich also in allen den Fällen, wo eine theilweise Störung durch Ausübung einer servitutähnlichen Handlung erfolgt ist. Denn dann ist die Parteistellung klar, und der Besitzer des Guts mag entweder durch berechtigte Selbsthilfe denjenigen, der sich eine servitus viae, aquaehaustus u. s. w. anmasst, zur Klage nöthigen, oder selbst als Kläger die Ausübung der Servitut anfechten. Ich kenne kein Beispiel, wo bei solchem Streit die Feststellung der Besitzfrage der Untersuchung des Rechts vorausgegangen wäre, vielmehr wird immer sofort die Rechtsfrage geprüft und entschieden, z. B.

Urk. v. 1262 bei Seibertz, UB. I, No. 324: Cum nos claustrales traxissemus in causam, proponentes contra eos quos ipsi sibi viam usurpassent, ipsi probaverunt, quod via nec nobis nec cuiquam pertineret, sed quod jure proprietatis spectaret ad ecclesiam eorundem.

Syst. Schöffenr. V, 10: Hot eyn man troufin, wassirseygin adir wassirleufe vȥ syme hofe fliȥsin yn synis nokebors hof, wil denne syn nokebor ym dy werin, mag denne der man bewisen mit scheppfin brive adir salb sebinde vnvorsprochenir lute uf den heylegin, daȥ di troufin, wassirȥeygin adir wassirleufe von aldirs syn gewest, alȥo sal her ȥe behaldin.

Demgemäss beschränkt sich im deutschen Recht der Besitzschutz, d. h. die Zuerkennung des Besitzes an eine Partei in Folge einer Untersuchung der Besitzfrage, auf die zwei Fälle einer den Besitzstand zweifelhaft machenden Besitzstörung und einer Besitzentsetzung. Der erstere ist die Analogie des interdictum uti possidetis, der letztere die des interdictum unde vi. Diese zwei Fälle haben wir nun näher zu betrachten.

§ 19. Zweifelhafter Besitzstand.

Wir haben es hier mit dem Falle zu thun, dass in einem Streit über ein Gut beide Parteien sich den Besitz desselben zusprechen und beide darum die Beklagtenrolle beanspruchen. Es ist also der daraus entstehende Embryo eines deutschrechtlichen Possessoriums immer ein judicium duplex, in welchem beide Parteien gegenseitig die Handlungen des Gegners als eine Störung ihres Besitzes bezeichnen.

Die Quellen reden hauptsächlich von folgenden Beispielen: vorerst von Grenzstreitigkeiten; zwei Nachbarn wollen auf derselben Wiese das Gras mähen und gerathen in Streit, jeder behauptet die Wiese bisher im Besitz gehabt zu haben. Sodann von allen den Anständen, die aus den vielfachen Verleihungen der Güter sich für die Kenntniss des Besitzstandes ergaben: zwei Grundherrn erheben gleichzeitig von demselben Colonen Zinse oder pfänden ihn für versessene (Richtst. Landr. 21), oder zwei Herren wollen ein und dasselbe Lehngut als erledigt einziehen und behaupten beiderseits bisher die Lehnsnutzungen gezogen zu haben, oder zwei Personen sprechen dasselbe Gut als Lehn von demselben Herrn an und behaupten beide im Besitz zu sein [1]). In solchen Fällen will jede Partei in der Beklagtenrolle stehen, um zum Beweis ihrer eigenlichen, ihrer Lehnsgewere u. s. f. selbsiebent zu gelangen, und da die Beklagtenrolle durch den Besitz bedingt ist und jeder von beiden Besitzer zu sein behauptet, so muss der Richter zuerst untersuchen und entscheiden, wer Besitzer sei. So kommt es zu einem

[1]) Dies ist der Fall von Richtst. Lehnr. 15, § 8: A und B behaupten beide von C belehnt zu sein, A zugleich Unterherr des B zu sein. Die Hauptentscheidung ist: we sines lenes redelike gewere bewisen mach, de beholt dat gud. Die Vorfrage ist aber, wer zum Beweise gelange. Der Besitz muss vorher festgestellt werden, da er bestritten ist, dies geschieht hier ohne Zweifel durch Nachweis der ältern Belehnung (Ssp. Lehnr. 38, § 1), und dann heisst es: wert deme heren (Unterherrn, A) de gewere gedeilet, so gelangt derselbe zum Beweis seiner Lehnsgewere.

Vorverfahren über die Besitzfrage, womit Alles erschöpft ist, was das deutsche Recht in Gestaltung eines dem interdictum uti possidetis entsprechenden Rechtsmittels erreicht hat.

Die Principien dieses Vorverfahrens sind so einfach als möglich. Der Richter bringt zuerst zur Gewissheit, ob wirklich beide Parteien Handlungen, die sich als Ausübung der Gewere darstellen, für sich haben. Hat eine Partei nichts dergleichen für sich anzuführen, was sich als Nutzung des Guts manifestiert und somit als Gewere erscheint, so ist die Vorfrage auf einfachste Weise zu Gunsten der Gegenpartei und ihres Besitzes entschieden. Haben aber beide Parteien wirklich das Gut genutzt, so kommt es darauf an zu ermitteln, wessen Besitzausübung in frühere Zeit hinaufreiche, und dem ältern Besitzer wird die Gewere zugetheilt, denn dann erscheint der Andre als Eingreifer in einen schon bestehenden Besitz [1]). Ist auch darüber keine Gewissheit zu erlangen, so wird eine Jury der Umgesessenen, der Gemeindegenossen, berufen und von dieser ein Wahrspruch über den Besitz eingeholt. Am vollständigsten zeigt diesen Gang

> Richtst. Lehnr. 29, § 2: Spreke aver orer islik, se hedden dat gehad ses weken unde en jar in geweren, so vrage de here, we dar denne de rechte were an hebbe. So vindme, de den tins dar ut boret. Spreken se denne beide, se hedden den tins dar beide ut geboret, so vrage de here enes rechtes, eft si en icht vor deme jare scolen hebben dar ut geboret. Dat vindme. Up welkeren denne dat kumpt, de vrage, sint he dat in olderen weren hebbe, eft he des icht neger to beholdene si... Dat vindme....

[1]) Münchener Stadtr. 106. Chaemen zwein für recht und chlagten umb ain pfant, des ietweder bei nutz und bei gewer sitzt, si süllen ped nennen, ze welher zeit ez dem mann gesetzt ist; swederm ez dann vor gesetzt ist, der sol daz pringen mit zwain mannen, die des mit im swerent.

§ 3. Wiste me ok nu nicht we de erste were, so vrage de here wat dar umme en recht si. So vindme, se scolen des gan uppe de ummesaten. Welk orer denne dat ersten heft upgebort unde redeliken to sime tinsdage gepandet heft, dem des de merer menninge bi steid, de beholt dat gud.

mit Weglassung des Mittelgliedes (der Frage der ältern Gewere):

Richtst. Landr. 26, § 6: Sprict aver jene: her richter, ic hebbet in minen gewcren, unde sechstu du hebbest in dinen weren, so vrag we an deme gude tu rechte were hebbe. So vintme, de it in nut unde in gelde hebbe. Secht jene, he hebbet in gelde, unde sechst dut ok, so vrage oft gi des tu rechte icht uppe de ummesaten scolen gan. Dat vintme. So vrag, oft icht de tu rechte dat gut scole behalden de denne mer tuge hebbe. Dat vintme.

Die Berufung auf die Umsassen, die wir schon als altgermanische Gewohnheit bei Grenzstreitigkeiten aus der lex Alam. und Baiuw. kennen, und nachher bei den Normannen besonders reich ausgebildet finden werden (Buch III, Cap. III), führt zu einer Kundschaftaufnahme; die Aussagen, welche die Zustimmung der Mehrheit erhalten, entscheiden:

Vetus Auctor, I, 98: Cuius possessionis maior turba sit testis, huius sit possessio.

Dem durch die Mehrheit als Besitzer Erklärten wurde die Gewere zugetheilt und nun gieng die Verhandlung über das Recht am Gut nach den im § 16 entwickelten Grundsätzen weiter.

Die Quellen lassen aber auch die Möglichkeit nicht ausser Acht, dass selbst die Umsassen nicht Auskunft geben können, sei es, dass sich keine entschiedene Mehrheit ergiebt[1]), sei

1) Die Jury bestand oft aus ganzen Dorfgenossenschaften und war dann sehr zahlreich; da wurde, wie noch jetzt auf schweizerischen Landsgemeinden und Gemeindeversammlungen, nicht Kopf für Kopf ab-

es, dass sie ihre Unkenntniss erklären. Dann muss jede Partei an Ort und Stelle bestimmt die Grenzen bezeichnen, welche sie ihrem Besitz giebt, und beschwören, dass sie in guten Treuen ihre Angabe gemacht habe; was dann beide Theile als ihnen gehörig angeben und beschwören, wird gleichmässig unter sie getheilt. Dieses Verfahren empfahl sich hauptsächlich bei Grenzstreitigkeiten, wo durch sorgfältige Absteckung der Grenzen vielleicht noch eine Verständigung zu erzielen war, und auch wenn solche nicht stattfand, die dann eintretende Theilung des von beiden Seiten beanspruchten Grenzgebiets (NB. immer nur vorläufig für Feststellung der Parteirollen) einen durchaus rationellen Zustand herstellte. Wo dagegen der Besitzstreit ein ganzes Gut mit Feld und Wald, Wirthschaftsgebäuden und Wohnhäusern betraf, war die Theilung schon an sich unzweckmässig und die G l e i c h theilung besonders den grössten Schwierigkeiten der Abschätzung und Ausführung unterworfen, ja geradezu unmöglich. Darum liess das Recht den Parteien die Wahl, statt der Theilung das Gottesurtheil und zwar das Wasserurtheil entscheiden zu lassen, worauf jede Partei antragen konnte, und welches dann die Besitzfrage (salvo ordinario) entschied:

> Ssp. III, 21, § 1: Spreket tvene man to weder stride en gut an mit geliker ansprake, unde dat mit gelikeme getüge behaldet[1]), man sal't under sie delen. Dissen getüch solen die rechten ummesaten besceiden, die in deme dorpe oder in den nesten bidorpen geseten sin. Sve de merren menie an 'me getüge hevet, die behalt dat gut. § 2: N'is it den ummesetenen

gezählt, sondern übersichtlich geschätzt. Auch bei kleinerer Anzahl stellte man schwerlich auf das absolute Mehr ab, so wenig als bei der normannischen Beweisjury.

[1]) Diese mangelhafte Fassung findet ihre Erklärung in Ssp. Lehnr. 40, § 1: Of sie tvene en gut anspreket gelike, unde geliken tüch dar to biedet die gewere to behaldene.

nicht wetenlik wie't in geweren hebbe, so mut man't wol besceiden mit enem water ordele, oder die klegere unde up den die klage gat solen dar to sweren, dat sie rechte wisen als it ire si; dar sal die richtere sine boden to geven; svar sie beide up sveret, dat sal man in gelike delen.

Aehnlich Ssp. Lehnr. 40. Auct. Vet. I, 98—100.

Parallelstellen Schwsp. 282 (Schwsp. Lassb. 377. IV). Schwsp. Lehnr. 72. 73.

Richtst. Landr. 26, § 6 (Fortsetzung der Stelle auf S. 259): So vrag, oft des iu de ummesaten nicht untrichten ne kunden, wat dar denne recht umme si. So vintme, dat gi dat under iu like deilen, dar gi beide up sweren.

Richtst. Lehnr. 29, § 4: Weren nu de len also like geschen unde de were also like gehalden, dat des de ummesaten nicht untrichten kunden, unde dat der ummesaten tüch also like were [1]), . . . § 5. so vraget, wat dar denne recht umme si. So vindme, se schun beide sweren, dat se to deme gude recht hebben. Wor denne se beide up sweren, dat scal men ene gelike deilen.

Von dem Satze, dass bei gleicher Gewere der Besitz getheilt wird, hat das alte Recht drei Ausnahmen aufgestellt.

[1]) Hier im Lehnrecht tritt zuerst noch der Versuch ein, durch den Beweis früherer Einweisung Seitens des Herrn die ältere Gewere festzustellen. Die bezügliche Stelle lasse ich hier weg. Mit dieser Stelle correspondiert Schwsp. Lehnr. 157, welche nicht nach Stobbe 458 und v. Bar 180 f. die Bedeutung haben kann, dass „die Besitznahme Bedingung des Rechtserwerbs sei". Dem widerspricht der in allen Quellen ausdrücklich aufgestellte Satz, dass die ältere Belehnung der jüngern vorgeht. Ssp. Lehnr. 11, § 5; 49, § 2, besonders Richtst. Lehnr. 29, § 1. Vergl. Laband, S. 272 f. Die Stelle Schwsp. Lehnr. 157 ist allerdings schlecht gefasst, aber offenbar nur auf die Besitzfrage bezüglich: der Besitzstand ist festzustellen, die Klage geht nur darauf, er hab sich sins gutes vnderwunden gunrecht.

1. Der Fall des Ssp. Lehnr. 41:

> Of die herre unde die man ene gewere in seget an eneme gude, unde dat biedet to getügene, des mannes getüch gat vort, wende he deme herren des gudes nicht untseget, al hevet he't von ime to lene.

Der Sinn ist der: es ist Streit über ein Gut entstanden, das die eine Partei auf Grund Eigenthums, die andere auf Grund Belehnung Seitens des Gegners im Besitz zu haben behauptet; beide Theile sprechen Eine Gewere an, d. h. beide erklären in lediglicher Gewere zu sein, welche die des andern ausschliesst; beide stehen sich im Beweise ihrer Gewere gleich, die Voruntersuchung über die Besitzfrage hat kein Resultat zu Gunsten einer Partei geliefert, es sollte also zur Theilung geschritten werden, um eine Basis für die Hauptverhandlung über die Rechtsfrage durch Vertheilung der Parteirollen zu gewinnen. Aber solche Theilung wird hier nicht passend erachtet, sondern der Besitz des g a n z e n Guts wird dem zugewiesen, der das Gut vom Gegner zu Lehn zu haben behauptet, so dass er also in Bezug auf das Ganze die Stellung des Beklagten gewinnt. Diese, so viel ich sehe, neue Erklärung der Stelle wird unterstützt durch die klarere Fassung desselben Gedankens in Schwsp. Lehnr. 74:

> Ob der herre vnd der man in selben eine geliche gewer sagent an einem gute, v n d d a ȥ b e i d e m i t g e l i c h e n g e ȥ i v g e n t v̊ n t, d a s o l d e ȥ m a n n e s g e ȥ i v g v o r d e ȥ h e r r e n g a n.

Hier ist deutlich gesagt, dass nicht nur die Behauptung, sondern auch der Beweis des Besitzes beiderseits ein gleicher ist; statt dass aber Theilung des Besitzes eintritt, wird der Beweis des Mannes vorgezogen. Nehmen wir nun zu diesen Stellen noch Ssp. Lehnr. 40, § 1 hinzu, so ergiebt sich, scheint mir, evident die Richtigkeit meiner Erklärung und namentlich die Nothwendigkeit der Beschränkung dieses Satzes von Art. 41 auf die Besitzuntersuchung, während die bisherigen Erklärungen immer annehmen, es handle sich um

das Recht am Gute selbst. Ssp. Lehnr. 40 nämlich beschreibt unzweifelhaft das Verfahren, das zur Entscheidung der Besitzfrage stattfindet, und beginnt mit den Worten:

> Of sie tvene en gut anspreket gelike, vnde geliken tüch dar to biedet die gewere to behaldene, unde it ir neweder von dem anderen ne hevet § 2 ... svar sie sik beide to seget unde gelike uppe'n hilgen behaldet, dat sal man in gelike delen.

Mit den Worten „unde it ir neweder von dem anderen ne hevet" wird schon ein abweichender Fall angedeutet, den dann eben der Art. 41 aufnimmt. Es geht daraus hervor, dass Art. 41 nur Ausnahme von Art. 40 ist, dass die Voraussetzungen von Art. 40 und 41 die gleichen sind, nämlich dass beide Parteien die gleiche Gewere für sich in Anspruch nehmen und gleichen Beweis anbieten, und dass Art. 41 sich also nur auf die Besitzfrage bezieht. Was ist nun aber der Grund dieser Ausnahme? Ein aus dem Princip der Beweisführung bei Besitzstreit entspringendes Motiv für diese Abweichung des Art. 41 besteht nicht, es ist nicht abzusehen, warum aus processualischen Gründen eine Partei besser gestellt sein soll, wenn sie ein vom Gegner abgeleitetes Recht anspricht, als wenn sie dem Gegner gar kein Recht zuerkennt. Der Grund, den Art. 41 angiebt, „dass er ja dem Herrn des Gutes nicht entsage", entbehrt jedes rechtlichen Gehalts, da schon genug Schädigung darin liegt, wenn einer, der bisher sein Gut direct genutzt hat, dieser Nutzung verlustig geht und das dominium utile an einen Lehnsmann abgeben muss. Näher kommt auch hier der Schwsp. der Wahrheit, indem er ein lehnrechtliches Motiv angiebt: vnd solten die herren den mannen abe ergiugen, so wurde vil lehen verloren, die ir man suz behabent. Ist dieses Motiv auch nicht ganz klar ausgedrückt, so ist doch so viel gewiss, dass es sich bei dieser Ausnahme um eine durch lehnrechtliche Verhältnisse empfohlene Zweckmässigkeitsmassregel handelt, wesshalb sie

auch nicht auf das Landrecht und also auf die Verhältnisse darf ausgedehnt werden, wo B von A das Gut zu Leibgeding, zu Erbzins u. s. w. zu besitzen behauptet, A dagegen es in lediglicher egenlicher Gewere zu haben erklärt. Und zwar möchte ich das Motiv dieser Ausnahme des Art. 41 so ausführen: die Theilung des Besitzes sollte vermieden werden bei einem Gute, das einer vom Andern als Lehn ansprach, weil es für das künftige Treueverhältniss des Mannes zum Herrn ein schlechtes Vorspiel war, ihm den Besitz der Hälfte des Guts abzuerkennen, ihm dadurch den Beweis seines Rechts an dieser Hälfte so zu erschweren, dass er vielleicht nur an dem in seinem Besitz gelassenen Theil seine Lehnsgewere bezeugen und damit sein Lehnrecht behaupten konnte, und ihn so mit verstümmeltem Gut in seine Lehnspflicht eintreten zu lassen gegenüber einem Herrn, den er als seinen Berauber zu betrachten geneigt war. Was war Gutes von solchem Lehnsverhältniss zu erwarten?[1] Ist dies richtig, so beruht die singuläre Bestimmung von Art. 41 auf Rücksichten, die man in allen lehnrechtlichen Verhältnissen auf die Treue und den guten Willen des Mannes gegen den Herrn, die Grundlage des ganzen Lehnrechts, nehmen musste, und dem daraus fliessenden Grundsatz der Untheilbarkeit der Lehngüter, wie solchen Ssp. Lehnr. 28 und Richtst. Lehnr. 15 § 9 documentieren. Man wollte in unserm Falle auch den Besitz nicht theilen, weil gar leicht daraus eine definitive Theilung folgen konnte, die mit den Lehnsinstitutionen unverträglich war.

2. Der Fall von Ssp. II, 43, § 1:

> Sve en gut eme seget to lene unde en ander seget it si sin egen, spreket se't mit geliker were an, jene mut it bat to egene behalden mit tvier scepenen getüge denne die andere to lene.

Dass diese Stelle einen speciellen Fall im Auge haben

[1]) Ein ähnliches Motiv liegt vielleicht I F. 12 pr. zu Grunde.

muss, dem sie nur ungenauer Weise eine so allgemeine Fassung gegeben hat, kann keinem Zweifel unterliegen (Laband S. 214 f. hat die jeden Rechtszustand illusorisch machenden Absonderlichkeiten hervorgehoben, die sich aus uneingeschränkter Anwendung dieses Satzes hätten ergeben müssen). Schon der Schwsp. hat mit der Stelle nichts anzufangen gewusst und daher in Art. 208 (L.) dem über den Beweisvorgang entscheidenden Schlusssatze die nichtssagende Folgerung substituiert: der daȥ lehen ansprichet, der bringe sinen gewern, der kome für den rihter, vnd sol der rihter rihten alse wise lüte erteilent. Specieller gefasst ist der Satz in

> Richtst Landr. 27, § 1: Claget en uppe gut unde secht it si sin len, de ander secht it si sin egen, unde hebbe gi beide nene gewere daranne, so vrag, wedder du icht neger tu behaldende sist dines egenes an deme gude, edder it jene tu lene neger tu behaldende si. So vintme du sistes neger. So vrag wo du dat eigen behalden scolest. So vintme mit drier scepen tuge.

Vorausgesetzt ist also ein Ansprechen mit gleicher Gewere. Darunter kann nicht nur ein Behaupten gleicher Gewere gemeint sein, denn blos behaupten lässt sich Alles, sondern ein Nachweis gleicher Gewere, sei es, dass beide Parteien gleich alte Besitzhandlungen constatiert haben, sei es, dass das Zeugniss der Umsassen getheilt geblieben ist. In einem solchen Falle gilt auch, was die eben angeführte Stelle des Richtsteigs sagt: beide hätten keine Gewere, da ja eben in der That noch keinem die Gewere zuerkannt, da sie für beide noch zweifelhaft ist. Die Gewere ist also streitig (gegen Laband 213), denn streitig ist sie, auch wenn „gegenseitig zugestanden wird, dass jeder von beiden Theilen noch im letzten Jahr Besitzhandlungen vorgenommen hat", streitig ist sie ferner, auch wenn ein unbetheiligter Dritter als Sequester das Gut detiniert, das beide von ihm fordern,

so dass beide sie zu haben behaupten [1]). Weiter ist zu beachten, dass diese Stelle von dem Streit zwischen Erbprätendenten zu reden scheint. Vor dem, was Planck (Zeitschr. f. D. R. X, S. 288 f.), v. Bar (S. 147 Note 247 a), Laband (S. 214 f.) dafür in gewiss zutreffender Weise beigebracht haben, weist darauf der ganze Inhalt des Richtst. Landr. 27 und die enge Verbindung des Eingangs, der unsern Satz enthält, mit der Fortsetzung, welche durchaus von erbrechtlichen Beziehungen erfüllt ist. Darum ist anzunehmen, dass die Stelle nur von dem Falle spricht, wo der Allodialerbe und der Lehnserbe über die Allodial- oder Lehnsnatur des Guts im Landgericht streiten [2]), beide den Besitz zu haben behaupten, und wie Richtst. Landr. 27, § 1 deutlich zeigt, die Besitzfrage auch wieder die entscheidende ist, weil der, dem der Besitz zugeschrieben wird, zugleich damit vielleicht die Berufung auf rechte Gewere und damit leichten Sieg gewinnt. Und auch hier wird nun die Besitzfrage nicht durch Theilung gelöst, sondern durch Zuerkennung des Besitzes an den Allodialerben, offenbar darum, weil in solchem Fall die Gewere als auf den Allodial-, nicht auf den Lehnserben herabgestiegen präsumiert wird.

3. Verwandt damit ist die dritte Ausnahme:

Ssp. II, 43, § 2: Erft egen mut ok en man bat behalden den en ander gekoft egen oder gegeven.

Auch hiefür findet sich die Parallelstelle in

Richtst. Landr. 26, § 5: Secht he denne, he hebbet

[1]) Der Anhang bei Laband, S. 403 ff. scheint mir eben darum werthlos, denn es gelten für den Fall, dass bei streitigem Besitz die Sache einem Sequester unterstellt ist, durchaus keine andern Grundsätze, als wenn der Besitz ohne Sequestration streitig ist, wie sie Laband S. 201 ff. entwickelt.

[2]) Das allfällige Recht eines Lehnsherrn wird dadurch nicht präjudiciert, er kann immer noch gegen den Allodialerben klagen; hier handelt es sich nur um das Erbrecht von A oder B gegenüber C in Betreff des Gutes, und da hat B keinen Anlass, den angeblichen Lehnsherrn als Gewährsmann herbeizuziehen und so den Streit zu einem Streit zwischen Eigenthümer und Eigenthümer zu machen.

gekoft, dar vrage, na dem dat het gekoft het unde di geervet is, wedder dus icht neger sist tu behaldende din erfeigen edder he sines koften gudes. So vintme du sistes neger.

Wie übel dieser Satz schon früh missverstanden worden, zeigt Weichb. (Daniels) 68, besonders Glosse dazu (Daniels, col. 392), und Magdeburger Schöffenrecht, 49 (Laband, Magdeb. Rechtsq. S. 129). Auch die Blume von Magdeburg I, c. 122 hat den Satz nicht recht verstanden, indem sie ihn dahin wendete, dass der Erbe des A berechtigt sei, einen Verkauf von A an B anzufechten. Das ist unzweifelhaft richtig, liegt aber nicht in Ssp. II, 43, § 2. Weder Eyke von Repgow noch Johann von Buch haben daran gedacht, diesen Satz in den betreffenden Stellen auszusprechen, Eyke nicht, weil die ganze Fassung nicht recht zu diesem Sinn stimmt, jedesfalls besonders ungeschickt dafür wäre, Johann von Buch nicht, weil er diesen Fall schon in Art. 25 gründlich erledigt hat. Man darf sich daher nicht mit Laband S. 215 begnügen, zu sagen, Ssp. II, 43, § 2 enthalte denselben Rechtssatz wie Bl. v. Magd. I, 122.

Die Stelle giebt nur dann einen erträglichen Sinn, wenn wir annehmen, dass auch hier der Besitz streitig ist. Ohne das bleiben alle Erklärungen Delbrücks, v. Bars, Labands u. s. w. gar zu trivial. Die Annahme streitigen Besitzes ist aber keineswegs aus der Luft gegriffen; für Ssp. II, 43, § 2 ist sie dadurch mehr als empfohlen, dass dieser Satz an den sub 2. besprochenen Fall angehängt ist, welcher gleiche Gewere beider voraussetzt; offenbar ist gerade dies für den Verfasser der Anhaltspunct gewesen, noch diese weitere Bemerkung anzuschliessen. Und im Richtst. steht der Satz mitten in dem Artikel, der den Fall behandelt, wo beide Parteien die Gewere zu haben behaupten, also die Besitzfrage streitig ist. Der Fall von Ssp. II, 43, § 2 muss also der sein: A behauptet die Gewere zu haben als Erbe des C, und B behauptet in der Gewere zu sein als Käufer von C;

beide bringen gleichen Beweis für ihren Besitz, sprechen also gleiche Gewere an, und es sollte daher auch nach allgemeiner Regel zur Theilung des Guts behufs Feststellung der Besitzverhältnisse kommen. Aber auch hier tritt nun die Ausnahme ein, dass A, der als Erbe im Besitz zu sein behauptet, als Besitzer anerkannt wird, und demgemäss für den Process über das Recht am Gut die Verklagtenrolle gewinnt. Es ist also immerhin noch möglich, dass dann B durch den Nachweis rechtsgültigen Erwerbs Seitens C, etwa durch den Nachweis, dass der Kauf in Gegenwart des A und ohne dessen Widerspruch die gerichtliche Auflassung passiert habe, dem A das Gut wieder abgewinnt. Andrerseits ist aber dem Erben die Zutheilung der Gewere von grösstem Vortheil, wenn der Gegner den Kauf nicht beweisen kann, namentlich aber auch, weil dieser, wenn er die Gewere zugesprochen erhielte, möglicherweise dann vermittelst der rechten Gewere gegen den Einspruch des Erben geschützt wäre.

Das Motiv dieser Ausnahme ist offenbar dasselbe wie das der zweiten: die Präsumtion besteht für die Gewere des Erben, weil der einzige feste Ausgangspunct, die Gewere des Erblassers, das Vorhandensein der Gewere des Erben vermuthen lässt, solang nicht der Uebergang der Gewere auf einen Andern fest bewiesen wird.

Die Sätze unter 2 und 3 beruhen demnach auf dem Gedanken, dass wo eine Partei (Allodial-) Erbe des unbestrittenen frühern Besitzers ist, von dem beide ihren Besitz und ihr Recht herleiten, der Erbe bei zweifelhafter Gewere als Besitzer anerkannt wird und somit näher ist, das Gut zu behalten. Man theilt den Besitz des Gutes nicht, weil bei gleichen Ansprüchen beider an den Besitz der Erbe des frühern unbestrittenen Besitzers vermöge der Erbschaftsgewere den Besitz des Erblassers in erster Linie fortsetzend erscheint. In der That ist nichts natürlicher, als dass in einem solchen Fall angenommen wird, die Gewere sei auf Seiten dessen, auf den sie von Rechtswegen herabgestiegen

sein muss, wenn nicht ein sonstiger (hier eben unerwiesen gebliebener) Gewereübergang stattgefunden hat. So siegt in der Besitzfrage der Erbe über den Käufer (Satzungsgläubiger u. dgl.), der Allodialerbe über den Lehnserben (weil in einer Erbschaft das Allod die Hauptsache bildet und die Gewere am „Erbe" auf den Allodialerben herabsteigt).

§ 20. Besitzentsetzung.

Es ist ein ansprechender Gedanke, dass der durch Gewalt seines Besitzes Entsetzte in Rechten gar nicht als des Besitzes verlustig soll betrachtet werden, sondern sein juristischer Besitz trotz der Dejection fortdauert[1]). Es liegt darin eine der stärksten Rechtsfictionen gegenüber dem thatsächlichen Bestande, zugleich eine der stolzesten Aeusserungen der Macht des Rechts über alle Angriffe auf seine Heiligkeit und Unantastbarkeit. Wir sahen, wie römisches und deutsches Recht diesen Gedanken ursprünglich ausgesprochen haben. In Rom hat ihn die Ausbildung der Interdicte, speciell des interdictum unde vi, entbehrlich gemacht, in Deutschland ist er kräftig geblieben, da es zur Ausbildung eines besondern Besitzschutzes nicht kam und für den bescheidenen Zweck, für den jener Gedanke erheb-

[1]) Man bemerke, wie Richtst. Lehnr. 29, § 3 in eleganter Weise mit diesem Gedanken spielt, indem Rede und Gegenrede des Dejicierten und des Dejicienten den Besitz für sich in Anspruch nehmen, bis schliesslich das Moment der Gewalt für die Gewere des Dejicierten entscheidet: Dar vrage jenne wedder: here don he dat upborde, dat ik in lene unde in geweren hebbe, dat clagede ik ju, unde bidde enes rechtes, eft ik dar umme der were deste vorder si. Vraget denne de ander: here ik bidde enes rechtes, na deme dat he hir steid, unde claget dat ik dat gud upbore, unde des darmede bekant dat ik dat gud in upboringe hebbe, eft ik denne icht des gudes neger to beholdende si, dat ik upbore unde in lene unde in geweren hebbe, wen desse de dar umme claget; hir vrage wedder: here ik bidde enes ordels, sint ik dat geclaget hebbe dat he mi dat gud nimmet unde dat to unrechte upboret, eft he an dem gude ummer rechte boringe krigen moge, de wile dat he miner clage nicht ave lecht met rechte. So vindme he ne moge. Vergl. Schwsp. Lehnr. 77.

lich wurde, eine sorgfältigere Unterscheidung der einzelnen Fälle, namentlich eine verschiedene Behandlung von turbatio (Störung) und dejectio (völliger Entziehung) des Besitzes nicht zum Bedürfniss wurde. Denn in der That ist vermöge des Satzes, dass durch Dejection die Gewere nicht verloren geht, jeder rechtliche Unterschied zwischen Besitzstörung und Besitzentsetzung unmöglich; das wird sich uns besonders deutlich nachher im französischen Recht bei der complainte de nouvelle dessaisine zeigen; aber auch im deutschen Recht tritt es hervor, indem der Dejicierte noch immer im Besitz zu sein behauptet und auch in der That durch Nachweis der Dejection sich als älteren Besitzer documentiert und auf diesem Wege als Besitzer anerkannt wird. Ja, die ganze Untersuchung über den ältern Besitz bei streitigem Besitzstand beruht im Grunde darauf, dass man durch die gegnerische Besitzergreifung seinen eigenen Besitz nicht habe verlieren können. Bei dieser Sachlage ergiebt sich für den Fall der Dejection nichts, was von dem bisher Dargestellten abwiche: die Dejection ist rechtlich nur eine Art der Besitzstörung, d. h. wer Dejection behauptet, nimmt die Gewere für sich in Anspruch, und es ist auch hier die Vorfrage, wer Besitzer sei, auf dem Wege zu erledigen, dass festgestellt wird, ob die Dejection stattgefunden hat, und damit: wer die ältere Gewere hat.

Neben der einlässlichen Darstellung Labands S. 184 bis 201 genügt es die Hauptbelege hier reden zu lassen.

Deutlicher kann der Satz, dass Dejection den juristischen Besitz nicht entzieht, nicht ausgesprochen werden als es geschieht in

> Schwsp. Lehnr. 96: Swem man sine gewer mit gewalte nimt, der verliuset weder gewer noch lehen.

Das bayerische Landrecht (bei Heumann, Opuscula, p. 106 Abs. 2) erläutert dies ganz correct dahin, dass weil Dejection dem Entsetzten „an seiner Gewere unschädlich“ sei, auch bei Streit über das Gut der Besitzstand desjenigen

Tages, an welchem die Dejection stattgefunden hat, zur Grundlage solle genommen werden. Voraussetzung dieser Wiederherstellung des Besitzstandes ist natürlich der Nachweis der Entsetzung, welcher vom Dejicierten mit zwei Zeugen zu erbringen ist:

Urk. v. 1362 (Mone, Zeitschr. f. d. Gesch. des Oberrheins, XVI, S. 109): Kläger soll beweisen, das im und sinem gotʒhuse von St. Marien dasselbe gelte entweret wer mit gewalt ân recht.

Urk. v. 1280 (Monum. Wittelsbac. I, No. 135): Statuimus, ut dominus Henricus dux per duos testes probet quod sibi competat probatio juris de ponte in R., d. h. er soll mit zwei Zeugen beweisen, dass ihm der Besitz zukomme, auf Grund dessen er zum Beweise seines Rechts selbsiebent gelangt. Vergl. Schröder, in Haupts Zeitschrift für deutsches Alterthum, XIII, S. 165 f.[1]).

Urk. v. 1265 (Monum. Wittelsb. I, No. 86): Item si dux H. probaverit se violenter privatum villa in E., restituetur possessioni eiusdem et postmodum duci L. abinde justitiam exhibebit.

Urk. s. d. ca. 1411 (Hodenberg, Hoyer UB. Abth. I, No. 394): Kan Staties von Monichusen des vulkomen dat he unde syn vader de gude in oren weren hebben ghehad went an de tüt, dat se ome de greve van der Hoye mit ghewolt ghenomen hebbe, . . . so schal de greve ome dorch recht dat gud wedir in syne were laten.

Aus den Rechtsbüchern sind die bezeichnendsten Stellen:

[1]) In der Zeitschr. für Rechtsgeschichte, VII, S. 132, VIII, S. 163, X, S. 292 hat ausserdem Schröder noch Beispiele für solches possessorisches Verfahren mitgetheilt. Dass, worauf Schröder besonders aufmerksam macht, auch der Gewere des Erben solcher Schutz zu Theil wird, ist nach dem oben über die Erbschaftsgewere Gesagten selbstverständlich.

Ssp. II, 25, § 1 (Weichb. 109): Wirt aver en man beklaget umme roflike gewere . . . tu hant dar na sal he ine geweldigen siner gewere, of it jene, uppe den die klage gat, nicht ne weder redet mit rechte.

Richtst. Lehnr. 15, § 2: Here, gi hebben mi dat gud genomen unde mi miner gewere untweldiget unde bidde enes ordels to lenrechte, efte gi mi icht wedder in mine gewere schun setten, wente gi mi de were med rechte gebroken hebben. Dat vindme.

Ebenda 29, § 3: Sint ik dat geclaget hebbe, dat he mi dat gud nimmet unde dat to unrechte upboret, eft he an dem gude ummer rechte boringe krigen moge, de wile dat he miner clage nicht avelecht mit rechte. So vindme, he ne moge.

Die zwei ersten Stellen weisen auf sofortige Wiedereinsetzung des Dejicierten in den Besitz bis zur Erledigung der Streitfrage über das Recht an der Sache. Ein bestimmtes Princip hierüber bestand aber nicht, sondern es hieng ohne Zweifel von den Verumständungen ab, ob man den frühern Besitzstand auch factisch herstellte oder nur rechtlich anerkannte. Ersteres mochte geschehen, wenn eine langwierige Rechtsuntersuchung in Aussicht stand, letzteres, wenn die Erledigung der Rechtsfrage keiner Schwierigkeit mehr unterlag. Und da die Cognition über die Besitzfrage nicht wie im römischen Recht selbständigen Besitzschutz bezweckt, sondern nur Feststellung der Parteirollen für den Process über das Recht am Gut zum Ziel hat, so ist weder Trennung des possessorium vom petitorium noch eben darum Wiederherstellung des Besitzstandes Bedürfniss, es genügt, den Dejicierten im Fortgang des Processes als Besitzer und Beklagten zu behandeln.

Der des Besitzes Entsetzte muss jedoch seine Klage innert Jahr und Tag seit der Dejection erheben, wenn er sich die Vortheile der Gewere sichern will. Denn nach Jahr

und Tag schützt den Gegner die rechte Gewere, zu der ja bona fides nicht erforderlich ist. Vielleicht hat ursprünglich die rechte Gewere überhaupt blos die Wirkung gehabt, dass dadurch der Besitz des Beklagten für den Process über die Rechtsfrage unanfechtbar gestellt wurde, wie wir später sehen werden, dass nach französischem Recht der Besitzer durch die Gewere von Jahr und Tag blos gegen die Besitzklage gesichert ist, nicht gegen die Eigenthumsklage. Wäre das anzunehmen, so hätte Besitz von Jahr und Tag den Dejicierten nur vor dem Vorwurf und dem Beweis der Dejection bewahrt, immerhin aber die Untersuchung seines Titels noch offen gelassen.

Ssp. II, 44, § 1 scheint einmalige Klagerhebung (innert Jahresfrist) ein für allemal für genügend zu halten, solang sie noch erweisbar ist, aber das sächs. Lehnr. 22, § 4 verlangt jährliche Erneuerung der Klage. Ebenso

> Wasserschleben, S. 293: Dorobir had Gorwicz Franczen genomen und entweret seynes erbis und gutis . . . mit unrechtir gewald, des ouch Francze jerlichen alle jar nach der czeyt mit clagen vornuwet hat.

Dass unter gewaltsamer Besitzentsetzung auch die Fälle begriffen sind, wo das Gericht Jemanden in den Besitz eines Guts einweist, dessen Besitzer nicht durch Urtheil und Recht die Gewere abgewonnen ist, hat Laband S. 196 ff. ausgeführt. Ich erwähne dies blos, um auf die in den Schriften über die Gewere so vielfach misshandelte Stelle Ssp. III, 82, § 2 hinzuweisen, die diesen Fall betrifft und nach der richtigen Erklärung Labands der Ansicht, dass der Ausdruck Gewere bald Besitz, bald Besitzrecht bedeute, keinen Raum mehr gewährt. Für den Hauptsatz vergleiche man

> Schwsp. Lehnr. 77: Ob der herre dem man sin gut verteilt mit vnrechte, da der man nv̊t zegegen ist, vnd den clager wiset vf daz gůt vnd im die gewer antwvrtet, daz schadet ienem nv̊t, er habe sine gewer für sich.

Fünftes Capitel.

§ 21. Gewere an Rechten.

Rechte und Gerechtsame aller Art gehören nach deutscher Rechtsanschauung zum liegenden Gut. Damit ist schon von selbst gegeben, dass unter den gleichen Voraussetzungen, unter denen an Grundstücken eine Gewere stattfindet, auch an Rechten eine Gewere möglich ist. In der That unterscheidet das deutsche Recht keineswegs Sach- und Rechtsbesitz, nicht einmal so wie die Römer possessio und quasipossessio getrennt haben, sondern behandelt Gewere an Sachen und Gewere an Rechten durchaus gleich. Der Unterschied vom römischen Recht zeigt sich darin, dass die Rechte, an denen eine Quasipossessio stattfindet, immer an einer Sache bestehen [1]), somit „eine wenn auch beschränkte Herrschaft über eine Sache enthalten, also die Servitutenausübung wie der Sachenbesitz ein physisches Gewaltverhältniss über eine Sache in sich schliesst“ (Bruns, S. 81). Im deutschen Recht ist dies nicht der Fall: die Rechte, an denen eine Gewere stattfindet, sind keineswegs nur jura in re, ihre Ausübung ist auch nicht bedingt durch eine Einwirkung auf eine Sache, sondern das einzig Massgebende ist ein dauernder Ertrag. Während die Römer zum Rechtsbesitz gelangt sind aus dem Bedürfniss einer Gleichbehandlung der dinglich Berechtigten hinsichtlich ihrer beschränkten Herrschaft über die Sache und des Eigenthümers hinsichtlich seiner vollen Herrschaft, sind die Deutschen von Anfang an über dieses begrenztere Ziel hinausgeschritten, weil sie die Begriffe Sache und Recht überhaupt nicht so scharf juristisch geschieden, sondern beides als Vermögensobject unter Einen Begriff gestellt haben.

Es folgt aber für den Rechtsbesitz vorerst aus dem Begriff der Gewere als des „in nut und gelde habens“, dass

[1]) Denn die libertatis possessio ist doch etwas zu Singuläres, als dass sie die Aufstellung dieses Satzes als der Regel nicht gestattete.

nur an solchen Rechten und Gerechtsamen eine Gewere zulässig ist, welche einen Ertrag abwerfen, bestehe derselbe in Bodenerzeugnissen (Gülten, Zehnten, Zinse) oder in Geld (Gerichtsgefälle, Abgaben) oder in Dienstleistungen (Frohnden). Da es kein Lehn ohne Gewere giebt, so entscheidet sich die Frage, welche Rechte und Gerechtsame Gegenstand der Belehnung sein können, darnach, ob sie eine Nutzung abwerfen und also einer Gewere fähig sind. Die lehnrechtlichen Quellen, indem sie die Frage aufwerfen und beantworten, welche Rechte zu Lehn können gegeben werden, entscheiden daher inclusive auch die Frage, an welchen Rechten eine Gewere gedacht wird. Eine sorgfältige Untersuchung darüber hat bekanntlich Homeyer II, 2, S. 283 ff. geliefert, auf die ich hier, um nicht unnöthig zu wiederholen, verweise. In den spätern Quellen macht sich eine Ausdehnung der Gewere an Rechten bemerkbar, indem auch solche Rechte der Gewere unterworfen werden, welche streng genommen keine Nutzung abwerfen, hauptsächlich Servituten gemäss magdeburgischem Recht und andern (auch süddeutschen) Stadtrechten; das syst. Schöffenr. V, 23 z. B. spricht von Gewere an Traufen, Wasserabflüssen u. dgl.

Da die Rechte, an denen die Quellen eine Gewere erwähnen, meistentheils Reallastberechtigungen sind (Bodenzins-, Zehnt-, Renten-, Frohnrechte), deren Nutzung und Ertrag aus einem Grundstücke gezogen wird oder wenigstens auf ihm radiciert ist, so hat man wohl die nach dem eben Gesagten irrthümliche Folgerung daraus gezogen, dass die Gewere an Rechten auch mit der Gewere am Gut selbst in irgend einem Zusammenhang stehe. So z. B. hat man sich mit der unfruchtbaren, weil unberechtigten Frage abgemüht, ob die Gewere am Zins auch von selbst die Gewere am Zinsgut einschliesse, ob die gleichen Grundsätze in dieser Beziehung gelten für census constitutivus und census reservativus, wie es sich mit Renten verhalte u. dgl. Die einzig richtige Antwort ist, dass die Gewere am Zins etwas für

sich Bestehendes, von der Gewere am Gut Unabhängiges ist, dass daher die Gewere an einem Grundzins aus Erbleihe und an einer Rente aus Rentenkauf denselben Character hat, und dass es für sie und ihren Bestand gleichgültig ist, ob der Inhaber dieser Gewere auch noch eine Gewere am Gut hat Und weiter: der Zinsherr, der sein Gut gegen Zins ausgethan hat, hat sicherlich eine Gewere am Gut gegenüber dritten Personen, im Verhältniss zu welchen der Zinsmann nur sein Stellvertreter im Besitz ist, aber keineswegs ist diese Gewere nothwendig mit der Zinsgewere verbunden und weder folgt diese aus jener noch besteht jene nur auf Grund dieser. Im Gegentheil: der Zinsherr hat gerade die Zinsgewere gegenüber seinem Zinsmann, im Verhältniss zu welchem er der Gewere am Gut darbt, und hat die Gutsgewere gegenüber Dritten, im Verhältniss zu welchen seine Zinsgewere nicht in Betracht kommt. Man hat eben die Gewere an Zins, Zehnt, Renten u. s. w., weil man diese Zins-, Zehnt-, Rentennutzung zieht, nicht weil man eine Gewere am Gut hat, die ja bei Zehnt und Renten selbst Dritten gegenüber fehlt.

Aus diesem Grunde ist auch die Ansicht von Bruns verfehlt, der mit grosser Hartnäckigkeit den aus den Quellen nicht zu begründenden Satz festhält, dass die Gewere am Recht (Zins etc.) mit einer Gewere am Gut verbunden sei (S. 331), dass der Besitz der Rechte stets durch den Besitz einer Sache musste vermittelt werden (S. 338). Bei Gerechtsamen zumal politischer Art, wie Grafschaft, Gerichtsbarkeit, Vogtei, Zoll, Münzrecht, wo eben so bestimmt eine Gewere anerkannt wird als die Annahme einer sie vermittelnden Gewere an einem Gut unmöglich ist, weil ein solches nicht existiert, musste daher Bruns zu der Ausflucht greifen, dass es sich hier um eine Gewere von publicistischem Character handle, deren Grundlage dann auch der Amtsbezirk u. s. f. bilde, der ihre Existenz vermittle. Bleiben wir auch hier bei der Natürlichkeit und Einfachheit und sagen wir: so

wenig als die Gewere an einem Zins der Vermittlung durch die Gewere am Gut bedarf, so stark ist auch die Gewere an politischen Rechtsamen aus sich selbst, ohne publicistische oder andere Grundlage, schon allein dadurch, dass diese Rechtsamen einen Ertrag abwerfen und darum dem Besitz unterliegen können. So ist der Besitz der Rechte ganz unabhängig von dem Besitz einer Sache, und höchstens das kann man sagen, was aber juristisch werthlos und übrigens selbstverständlich ist, dass er bedingt ist durch die Existenz einer Sache, resp. eines Bezirks, aus welchen der Ertrag herfliesst.

Wie die Rechte veräussert, zu Lehn gegeben, verpfändet werden können, so ist auch an ihnen eigenliche, Lehns-, Satzungsgewere möglich, und der Ehemann, dem seine Frau solche Rechte in die Ehe bringt, nimmt sie in seine Gewere kraft rechter Vormundschaft. In allen diesen Beziehungen ist nichts von der Gewere an Sachen Abweichendes namhaft zu machen.

Ebenso sind die Grundsätze über Erwerb und Verlust der Gewere bei Rechten die gleichen wie bei Sachen. Höchstens könnte hier der Unterschied bemerkt werden, dass es bei Rechten mit der Einweisung weniger genau genommen wurde:

> Ssp. Lehnr. 11, § 2: Of die herre sinen manne liet en gantz dorp oder wingarden oder tegeden oder gerichte oder süsgedanes dinges icht, . . . deme lene volget die man unde erft it, al darve he der bewisunge.

Das liegt übrigens in der Natur der Sache: eine Einweisung in ein Zehntrecht ist schwieriger zu bewerkstelligen als die in ein Gut, und wird daher geradezu als unwesentlich erklärt. Aber richtiger sagen wir vielleicht: trotz diesem Ausdruck des Ssp. Lehnr. 11 § 2 ist theoretisch doch die Nothwendigkeit der Einweisung festgehalten, dieselbe aber schon dann als vollzogen angesehen worden, wenn eine be-

stimmte Bezeichnung der Gerichtspflichtigen, der Zollgrenze u. dgl. erfolgt war, ohne dass man förmliche Einführung etwa in die Gerichte, Zollstätten u. s. w. verlangte. Vergl. übrigens Homeyer, II, 2, S. 395 i. f. und 412 f.

Was endlich Wirkung und Schutz der Gewere betrifft, so wüsste ich auch hier nichts zu nennen, was von der bei Grundstücken geltenden Theorie abwiche. Beispiele von Gewere an Rechten sind im § 16 ausdrücklich aufgenommen und zeigen durchaus die gleiche Behandlung derselben wie die der Gewere an Grundstücken. Ebenso gilt alles über die rechte Gewere Bemerkte auch bei Rechten, eine rechte Gewere an Zins z. B. syst. Schöffenr. IV, 1, 40, IV, 2, 69, an Servitut ebenda V, 23.

Zweiter Abschnitt.

Die Gewere an Fahrnis.

§ 22.

Es liesse sich noch darüber streiten, ob die mittelalterlichen Quellen überhaupt von einer Gewere an Fahrnis reden. Denn die Ausdrücke varende have in geweren hebben, ut von sinen geweren laten u. dgl. bedeuten wohl in erster Linie: die Fahrnis in seinem Hause haben, aus seinem Hause weggeben, indem die Definition der Gewere als des „in nut und gelde habens" auf die Fahrnis nicht passt. Indessen bliebe es bei einem Wortstreite, denn was sich in Haus und Hof, auf oder in der Gewere befindet, das hat der Gewerinhaber auch in seinem Besitz. Immerhin erklärt es sich aus dieser schon für die fränkische Zeit bemerkten Doppelsinnigkeit des Ausdrucks in geweren hebben, dass ein Besitz an Fahrnis nicht möglich ist ohne factisches Innehaben: die Gewere an Fahrnis ist bedingt durch die Gewere an Haus und Hof; durch das Mittel der letztern hat und übt man die erstere. Je bestimmter im Mittelalter das Kennzeichen der Gewere in die Nutzung gestellt wird, desto

weniger Veranlassung besteht, hieran etwas zu ändern: wer den Hof in Nutzung hat, nutzt dadurch auch die darauf befindliche Fahrnis; auf andre Weise als durch eignen Gebrauch ist Nutzung fahrender Habe nicht denkbar.

Diese enge Verbindung von Gewere an Haus und Hof und Gewere an der darauf liegenden Fahrnis erklärt sich einfach bei einem wirthschaftlichen Zustande, wo die fahrende Habe wesentlich Gutsinventar ist. Sie wird aber gebrochen, sobald die Fahrnis selbständigen Werth erhält. Als in den Städten das bewegliche Capital gleichberechtigt neben den Grund und Boden trat, als dort die Leiheverhältnisse ihre starre Natur mehr und mehr aufgaben, als die freie kündbare Miethe das Erbzinsrecht zu ersetzen begann, da fiel es Niemanden ein, dem Vermiether, der doch die Gewere am Hause hatte (Brünner Schöffenb. 284), nun auch den Besitz an dem Mobiliar und den Werthgegenständen des Miethers zuzusprechen, die Trennung vollzog sich ganz von selbst, und aus dem Satz, dass Besitzer der Fahrnis ist, wer sie in (auf) seiner Were hat, wird auf leichte Weise der Satz: Besitzer ist, wer die Fahrnis in seinem Gewahrsam, in seiner Detention hat.

Dieser letztere Gedanke ist nun freilich auch schon mit der ältern Rechtsanschauung verbunden gewesen. Denn es wäre nichts verkehrter als wenn man aus dem Satze, dass die Gewere an Fahrnis durch die Gewere an Haus und Hof bedingt ist, den Schluss ziehen wollte, es gebe demnach auch eine mehrfache Gewere an Fahrnis, wie sie an Haus und Hof besteht. Vielmehr ist nur der unmittelbare Inhaber Besitzer. Eine Ausnahme hievon macht nicht einmal der Satz, dass dem Herrn eine Gewere an den dem Knechte anvertrauten Sachen zusteht, denn der Knecht hat selber gar keine Gewere, wie er nur der Vertreter des Herrn ist in Bezug auf Recht wie auf Besitz (Ssp. III, 6 und Glosse dazu). Darum ist auch der berühmte Satz Albrechts (S. 19): „in der Gewere von Immobilien ist zugleich die Gewere an aller fahrenden Habe ent-

halten, die sich in dem Umkreis der Immobilien befindet," nur soweit unanfechtbar, als er den negativen Gedanken zum Ausdruck bringt, dass kein ausser der Were am Gut Stehender an Fahrnis Gewere haben könne, nicht aber insofern man daraus entnehmen möchte, dass Jeder, der eine Gewere am Gute hat, auch Besitz an der Fahrnis habe [1]). Denn es bedarf kaum eines Beweises dafür, dass z. B. der Lehnsherr an der Aussteuer der Ehefrau seines Lehnsmannes, der Zinsherr an Kisten und Kasten seines Zinsmanns keine Gewere hat. Dass insonderheit das Pfändungsrecht des Eigenthümers gegen die Zinsleute nicht aus einer solchen Gewere des erstern an der Fahrnis sich erklärt, kann wohl als unbestritten gelten. Vielmehr hat eben nur der den Besitz der fahrenden Habe, der in Geweren des Gutes sitzt und dadurch den Gewahrsam der Fahrnis hat. Darum hat der Zinsherr nicht einmal an denjenigen Fahrnisgegenständen, welche als Schiff und Geschirr zur Bewirthschaftung des Guts dienen und dessen Inventar und Pertinenz bilden, eine Gewere, sofern diese Sachen für sich selbständig in Betracht kommen; sie werden z. B. nicht aus seiner Gewere gestohlen und nicht von ihm verfolgt; sofern sie aber nicht für sich allein in Betracht kommen, sondern als Pertinenzstücke des Guts, z. B. in einem Streit über ein Grundstück, auf dem sich Dünger, Rebstöcke u. dgl. befinden, die ebenfalls mit der Hauptsache selbst im Streit liegen, so handelt es sich auch wieder nicht um eine besondere Gewere an dieser Fahrnis, sondern diejenige am Gut ergreift von selbst die der Pertinenz.

[1]) Darum ist auch nichts geholfen mit dem aus Missverständniss des Ausdrucks „hebbende Gewere" entspringenden Satz Stobbes (441): „Es giebt bei beweglichen Sachen keine andere Gewere als die hebbende." Denn auch der Oberherr hat hebbende Gewere. Dürfte man überhaupt die nur für die Gewere an Liegenschaften gebrauchten Epitheta auf den Fahrnisbesitz anwenden, so müsste man sagen, es finde an Fahrnis nur eine ledigliche Gewere statt.

In der eben gegebenen Einschränkung jedoch, dass wer in der Gewere des Guts sitzt, auch die Gewere an der darauf befindlichen Fahrnis hat, kann der fragliche Satz nicht wohl bestritten werden. Da es dennoch neuerdings wieder von Laband geschehen ist in Anschluss an Ssp. I, 20, § 4, und diese Stelle gerade auch schon sehr verschieden ist interpretiert worden und lehrreich ist, so wollen wir uns noch dabei aufhalten.

> Ssp. I, 20, § 4: Blift aver de wedewe na irs mannes dode mit iren kinderen in der kindere gude, dat ire nicht n'is, unde ungesceiden van deme gude, unde nemet ire sone wif bi irme live, stervet ire sone dar na, des sones wif nemet mit mereme rechte ires mannes morgengave unde müsdele unde ire rade an ires mannes gude, dan sin muder, of se irs mannes unde irs selves umbesculdenen were dar an getügen mogen.

Mit Laband S. 392 ff. gehe ich darin einig, dass es sich hier nicht um die alte, auf dem freien Willen des Mannes beruhende Morgengabe handelt, sondern um die spätere, der Frau von Rechts wegen gebührende, und dass demgemäss der Fall vorliegt, wo eine Witwe mit ihrem Sohne in demselben Hause gewohnt hat und nach dem Tod des Sohnes mit dessen Witwe in Streit geräth über Fahrnis, welche sie selber als Morgengabe beansprucht, die ihr vom Nachlass ihres Mannes gebühre, während die Schwiegertochter dieselbe Fahrnis als Morgengabe in Anspruch nimmt, die ihr von dem Nachlasse ihres Mannes, des eben verstorbenen Sohnes der ersteren, zukomme. In einem solchen Fall, heisst es, darf die Sohnsfrau, wenn ihre Schwiegermutter im Hause des Sohnes gewohnt hat, mit mehr Recht ihre Morgengabe behalten als die Mutter die ihrige, wenn sie ihre unbescholtene Gewere daran bezeugen kann. v. Martitz S. 174 entnimmt dem, dass der Besitz von Haus und Hof auch die Gewere an der darin befindlichen Fahrnis einschliesse, indem eben auf Grund dieses Besitzes die Sohns-

frau zum Beweis komme. Laband S. 394 f. fragt dagegen: „wozu brauchte die Besitzerinn von Haus und Hof ihren Besitz an den streitigen Gegenständen erst noch durch Zeugen zu beweisen, wenn sie ihn schon von Rechts wegen hätte?“ Vielmehr, meint er, widerlege diese Stelle das dem deutschen Recht angedichtete Princip, dass der Besitz von Haus und Hof auch die Gewere der dort befindlichen Mobilien gebe, indem die Sohnsfrau gerade die Gewere beweisen müsse: „der Beweis betrifft nur die Gewere, und er ist der allgemeinen bei Mobilien geltenden Regel gemäss selbdritt zu führen.“ Ich halte diese Ansicht für unrichtig. Sollte sich nicht Laband selber schon im Widerspruch mit sich selbst befinden, wenn er sagt: „Wohnte die Mutter gastesweise beim Sohne, so dass das Grundstück mit dem ganzen Inventar dem letztern gehörte und in seinem Besitze war, so ist die Frau näher an den streitigen Objecten irs mannes unde irs selven umbesculdenen were mit Zeugen zu beweisen; im entgegengesetzten Falle ist die Mutter, der die gesammte Haus- und Gutseinrichtung gehört, näher ihre Gewere auch an den litigiösen Bestandtheilen derselben mit Zeugen darzuthun.“ Wenn das ganze Inventar, halten wir Laband entgegen, schon im Besitz des Sohnes war, wozu braucht seine Witwe noch seine Gewere an dessen litigiösen Bestandtheilen zu beweisen? In Wirklichkeit ist gar nicht, wie Laband annimmt, die Gewere schlechtweg Beweisgegenstand, sondern die „unbescholtene“ Gewere, d. h. der durch einen Rechtstitel gerechtfertigte Besitz. In der That, was wäre damit gewonnen, wenn die Sohnsfrau den Beweis leistet, dass ihr Mann die Gewere hatte? Gewiss noch gar nichts, weil dann die Mutter noch immer diesen Besitz des Sohnes als einen unrechtmässigen, ihr entrissenen anfechten könnte. Nicht über den Besitz, sondern über das Recht an der Fahrnis wird der Streit geführt[1]), und kann daher nicht

[1]) Das zeigt deutlich die correctere Fassung unserer Stelle im verm. Ssp. I, 13, 1: des sones wip behildet mit merem rechte ores

durch einen Beweis über den Besitz beigelegt werden. Vielmehr betrifft dieser Beweis selbdritt den Rechtserwerb an der Fahrnis; wie in den andern Fällen, wo der beklagte Besitzer selbdritt den Beweis eigener Production (Ssp. II, 36, § 3) oder Kaufs vom Kläger selbst (Ssp. III, 4, § 1) führt, so handelt es sich auch hier um den Beweis, dass der Sohn unbescholtener Weise den Besitz erworben habe. Eine durchweg zutreffende Analogie dieses Beweises der unbescholtenen Gewere ist das docere quod juste possideat der Urk. v. 1224 (oben S. 225), was wie wir sahen keineswegs Beweis der Gewere, sondern Beweis der eigenlichen, der Lehnsgewere u. s. f. ist, d. h. Beweis der auf einem Rechtstitel beruhenden, durch einen rechtsgültigen Erwerb gerechtfertigten Gewere. Es ist also allerdings die Gewere auch in diesem Fall des Ssp. I, 20, § 4 Voraussetzung des Beweisrechts, die Sohnsfrau gelangt zum Beweise der unbescholtenen Gewere, d. h. des Besitzes auf Grund rechtmässigen Erwerbs, weil sie in der Gewere ist, und so bestätigt sich allerdings hieran, wie v. Martitz angenommen hat, der oben aufgestellte Satz, dass

mannes morgengabe wan sin muter, ab sy ores mannes unde or selbest unbeschulden ist unde sy daʒ becʒugen mag. Hiernach ist deutlich, dass nicht die Gewere bewiesen wird, sondern der unbescholtene Erwerb. Auch die Blume von Magdeb. II, 2, 167—169 stimmt damit überein: denn während 167 nur den Satz des Ssp. wiederholt, dass die Frau Morgengabe auf den Heiligen behalte, die Gewere aber mit Zeugen, sagt 168: Mutir ist ein gast in irs sones gewere, ob ir ir man nicht doran gebin hot. Alʒo ist auch der son in der muter, ob sy daʒ bewisit alʒ recht ist, daʒ iʒ ir ir man gebin habe. Der Beweis der unbescholtenen Gewere ist hier erläutert als Beweis, dass es der Mann ihr gegeben habe, der Sache nach zwar unrichtig, aber ein bestimmter Hinweis darauf, dass es sich um Beweis des Rechtserwerbs, nicht der Gewere handelt, und ebenso 169: sy mus iʒ mit gecʒuge behaldin, daʒ iʒ ir man in geweren gehabit hab mit cʒu tune und cʒu lasin, also rechtmässig erworben, wie Magd. Fr. I, 6, 5: torste her das bewisen, das her das gut in syne gewere entpfangen hette ʒcu thun unde ʒcu losʒen, wo auch Beweisgegenstand nicht die Gewere schlechtweg ist, die ja der Beklagte unbestrittenermassen hat, sondern der Empfang in die Gewere zu freier Verfügung.

wer die Gewere an einem Gut hat, auch in der Gewere der darauf befindlichen Fahrnis ist. Das bekräftigt auch der Schluss des § 7: die Mutter ist Gast in des Sohnes Geweren, und der Sohn ist Gast in der Mutter Geweren. Darum, muss gefolgert werden, giebt die Gewere des Sohnes der Sohnsfrau den Beweisvorzug für das Recht an der Fahrnis, und umgekehrt[1]).

Wie wir schon im ersten Buch und in Excurs II des Anhangs gesehen haben, ist auch die Beschränkung der Eigenthumsverfolgung nicht Wirkung der Gewere, resp. des Aufgebens der Gewere in dem Sinn, als ob man in der Gewere das Eigenthum, mit Aushingabe der Sache das Recht zur Verfolgung aufgebe (das man ja gegen den ersten Empfänger behält), sondern Ausfluss des altgermanischen Betrei-

[1]) Im Uebrigen gehe ich mit Laband darin einig, dass ein weiterer Beweis über die Morgengabe nicht mehr nöthig ist, weil dieselbe schon von Rechts wegen der Witwe gebührt, und also eines Beweises nicht mehr bedarf. Der § 9: Morgengave mut en wif uppen hilgen wol behalden ane tüch, bezieht sich auf die alte landrechtliche Morgengabe, die auf einer Bestellung des Mannes beruhte und nach uraltem Recht (vergl. lex Alam. Hloth. LVI, 2) durch den Eid der Frau bewiesen wurde, weil Zeugenbeweis factisch unmöglich war. Der § 6 aber: Morgengave behalt dat wif uppen hilgen, de gewere aver mit getüge, ist ein ungeschicktes Einschiebsel zur Vermittlung des Zusatzes in §§ 3—7 mit dem alten Text in §§ 1, 2, 8 u. 9, und will nur sagen: in den Fällen der §§ 4 u. 5 handelt es sich nicht um den Beweis, dass der Frau eine Morgengabe bestellt sei, sondern um den, an was für Gegenständen die Frau ihr gesetzlich bestehendes Morgengabsrecht ausüben könne, und dieser Beweis, der Beweis des rechtmässigen Besitzes des Mannes an der fraglichen Fahrnis, ist durch Zeugen zu führen. — Eine ganz ähnliche Frage behandelt übrigens das Glogauer Rechtsbuch c. 32 u. 33: Stirbt eine Frau mit Hinterlassung einer unmündigen Tochter, und wird die Gerade ausgeschieden und an einen besondern Ort gelegt, so kann sie die Tochter nach erlangter Mündigkeit wieder fordern; wird die Gerade aber nicht ausgeschieden und der Mann heiratet wieder und hat die Gerade im Gebrauch, so nimmt die zweite Frau nach seinem Tod die Gerade mit mehr Recht als die Tochter erster Ehe; auch hier dürften wir beifügen: wenn sie (die Frau) ihres Mannes unbescholtene Gewere, d. h. rechtmässigen Besitz auf Grund eines rechtsgültigen Titels, bezeugen kann.

bungsverfahrens. Daraus folgt, dass der wichtige Satz, der bisher besonders gern der Besitzlehre zugetheilt wurde, der Satz von Ssp. II, 60 § 1, hier wegfällt und aus der Darstellung der deutschrechtlichen Besitztheorie auszuscheiden ist. So bleiben für dieselbe nur die einfachen Sätze: der Besitz wird erworben durch factische Besitzergreifung und verloren durch Wegkommen der Sache aus der thatsächlichen Gewalt, und damit ist um so mehr Alles gesagt, was zu sagen ist, als das deutsche Recht bei Fahrnis nicht einmal den bescheidenen Besitzschutz in der Form einer Voruntersuchung über den Besitz zum Zweck der Feststellung der Parteirollen für die Cognition über das Recht an der Sache kennt. Der Inhaber der Sache ist der Beklagte ohne Rücksicht auf Raub oder Diebstal (Ssp. I, 15 § 2) und bleibt Inhaber während des Processes (Ssp. II, 36 § 8), und zweifelhafter Besitz, der eine vorgängige Untersuchung darüber, wer wirklich Besitzer sei, nothwendig machte, kann nicht vorkommen, da Inhaber nur einer sein kann.

Für die Beweisführung gelten analoge Regeln wie bei den Immobilien: wenn Beklagter keinen Rechtstitel namhaft machen kann, so kommt Kläger zum Beweise; stellt Beklagter einen Titel für seinen Besitz auf, so gelangt er, resp. sein Autor, der in seine Stelle treten muss, zu dessen Beweis selbdritt. Ich darf das Nähere um so eher übergehen, als diese ganze Frage nicht der Besitztheorie, sondern dem Klagen- und Beweissystem angehört.

Eine Annäherung der Fahrnis an die Liegenschaften hinsichtlich der Behandlung der Gewere erfolgte in der spätclassischen Zeit der Rechtsbücher so viel ich sehe nur nach Einer Richtung, in Bezug auf Complexe von Fahrnisgegenständen, welche als solche, als Gesammtheit, besondern Rechtsgrundsätzen unterstellt wurden. Namentlich zeigen das die Magdeburger Rechtsquellen im ehelichen Güterrecht und hier vorab zumal wieder bei der Gerade. Obschon nämlich an einzelnen beweglichen Gegenständen eine rechte Gewere

nicht möglich ist, so ist die Gerade als bestimmter Vermögenscomplex einer solchen theilhaftig geworden.

> Glogauer Rechtsbuch 34: Stirbet eymen manne seyn weip vnd beheld er dor nach dy gerade in seynen geweren jar vnde tag ane widersprache, dornach kan sy nymand angewynnen von rechte.
>
> Syst. Schöffenr. IV, 2, 89: Eyn man gebe synen kindern silberyn gefesse adir ander cleynot vnd antworte en das en ere gewere, behalden si das iar und tag yn ere gewer, der vater sterbe, spreche denne der kinder mutter, das silberyn gefesse adir cleynot gehorte yn ere gerade, vnd welde von der gabe nicht wissen, so sint das die kinder nehir czu behaldin ...

Ebenso konnte die Frau ihrem Manne die Gerade mit Einwilligung der Erbberechtigten durch gerichtliche Auflassung vergaben:

> Wasserschleben S. 94, c. 145: eine Frau hat ihrem Mann vor gehegtem Ding die Gerade aufgelassen „zu thun und zu lassen.“ Nach ihrem Tode klagen ihre Schwestern auf Herausgabe der Gerade, bynne jar vnd tag alzo die gobe geschen ist, und stellen die Frage: ab die frawe die gerade mochte vorgeben erem manne an erbe gelob, und das Gericht findet: der toden frawen man mag der gerade mit der gobe nicht behaldin, mer die gerade gehoret ere neste spynne wer die ist von des rechten wegen.

Die nicht unter den Begriff der Gerade fallende Fahrnis, welche die Frau in die Ehe und unter die Verwaltung des Mannes gebracht hat, gehört bekanntlich dem Manne und bleibt ihm bei Tod der Frau oder seinen Erben bei seinem Vorabsterben. Das magdeburgische Recht, das ja die ehevogteilichen Rechte des Mannes in Bezug auf Verwaltung und Verwendung des Frauenguts durch Vertrag zu beschränken gestattet und daher ein ausserhalb der Gewere des Mannes stehendes Sondergut der Frau kennt, unter-

scheidet deshalb immer sehr genau für das Erbrecht an der Fahrnis der Frau, ob dieselbe in die Gewere des Mannes gekommen ist oder nicht, oder wie die Schöffenurtheile sich gern ausdrücken: ob das Gut in der Gewere des Mannes erstorben ist (Magdeb. Fr. I, 4, 8. I, 6, 5 und sonst).

Wasserschleben, S. 95, c. 150. S. 97, c. 158. S. 101, c. 178. S. 103, c. 203 u. s. w.

Nur ist der von Stobbe (S. 477) daraus gezogene Schluss unrichtig: „aus der Gewere des Mannes, welche bloser Besitz ist, lässt sich die verschiedene Erbberechtigung des Mannes mit Bezug auf Mobilien und Immobilien erklären. Indem der Mann die Mobilien in seine Gewere nimmt, gewinnt er, da es mit Willen der Frau geschieht, ein Besitzrecht an ihnen und behält sie nach ihrem Tode als seine Sachen zurück." Das unglückselige Besitzrecht verfolgt uns auf Schritt und Tritt. So wenig als eine sog. Gewere zu rechter Vormundschaft die Grundlage des ehelichen Güterrechts ist, so wenig folgt das Eigenthum des Mannes an der eingebrachten Fahrnis der Frau aus seiner Gewere als angeblichem Besitzrecht, sondern eben auch wieder aus seinen ehevogteilichen Rechten, aus seiner „tutela usufructuaria", welche mit Eingehung der Ehe den Uebergang des Eigenthums an der eingebrachten Fahrnis auf den Mann bewirkt und zu Gunsten der Frau den Anspruch auf die Gerade als Ersatz substituiert (an das Richtige, aber ohne völlige Klarheit streift v. Bar, S. 203, Note 370. Besser Behrend, Stendaler Urtheilb. S. 54). Der Mann bleibt ausgeschlossen vom Eigenthumserwerb am Sondergut der Frau, weil es durch Vertrag von diesem Schicksal ausgenommen und darum seinen ehevogteilichen Rechten nicht unterstellt ist. Wäre die Gewere der Grund des Eigenthumserwerbs, „der Erbberechtigung des Mannes", wie Stobbe sagt, so müsste vor Allem erklärt werden, was dann unerklärlich bliebe: warum an der Gerade, die doch der Mann auch in derselben Gewere hat, kein solches „Besitzrecht", keine solche „Erbberechtigung" stattfindet.

Drittes Buch.

Italien, Spanien, Frankreich (England).

Erstes Capitel.

Italien.

§ 23. Sprachgebrauch. Aenderung der Bedeutung von investitura.

Bevor wir untersuchen, ob und nach welchen Richtungen die germanische Besitztheorie dem römischen Recht Stand gehalten und auf dasselbe einen modificierenden Einfluss gewonnen habe, mögen einige Bemerkungen über den Sprachgebrauch und was damit zusammenhängt vorausgeschickt werden.

Es ist auffallend, wie langsam und widerwillig die Urkundensprache die römische Ausdrucksweise und Terminologie in sich aufnimmt. Es hängt das offenbar damit zusammen, dass wohl bis ins 13. Jahrhundert eine tiefere Abneigung oder wenigstens Gleichgültigkeit der Praxis gegen die Theorie der Romanisten bestand als die gemeine Meinung, deren Vertreter Bruns ist, ohne Weiteres annimmt. Wir gehen auch hier von dem Begriff der Investitur aus. Wir erinnern uns, dass in fränkischer Zeit investitura die Besitzeinweisung und dann der dadurch begründete Zustand, der Besitz selbst ist; das Rechtsgeschäft, das den Titel für den Besitz liefert, ist die Sale, traditio; diese wird in Italien durch notarialische Urkunde verbrieft, nur ausnahmsweise auch noch besonders die Investitur, wie Fumagallis

Urkunden zeigen. Seit Ende des 9. Jahrhunderts finden wir nun aber in den über die Sale ausgestellten Urkunden, insofern der Veräusserer fränkischer Nationalität ist, auch die Investitur bezeugt, aber in einer Weise, welche zeigt, dass es sich dabei nicht um thatsächliche Einweisung in den Besitz handelt. Die Formel solcher von Franken herrührender Vergabungs- und Verkaufsbriefe lautet: do, cedo et transfero vobis res juris mei et secundum legem meam Salicam vobis trado et legitimam facio investituram (oder legitimam facio traditionem et corporalem vestituram) per wasonem terrae, cultellum, festucam notatam, frondes arborum, wantonem, et me exinde foris expuli et warpivi et absaticum (oder absentem) feci et pergamenam cum atramentario de terra levavi et notarium scribere rogavi[1]).

Muratori, Ant. It. I, 367 (a⁰. 890). II, 134 (952). VI, 207 (996).

Chart. I, 91 (a⁰. 899). 131 (929). 139 (963). 153 (944). 163 (949). 168 (953) u. s. w.

Lupi, II, 73. 179 u. a.

Moriondi, I, 17. 21.

Das hat ursprünglich den Sinn einer Vereinigung der beiden getrennten Handlungen, die Urkunde wurde auf dem Gute selbst nach vollzogener Investitur ausgefertigt, Muratori, Ant. It. II, 241. Die Investitur hat also ihren Character

[1]) Die Formel dieser Art findet sich nicht ausschliesslich, wenn auch überwiegend, bei Veräusserung durch Franken, so bei Burgunden Chart. I, 584, bei Alamannen Muratori, Ant. II, 135, Chart. I, 68, 241, Lupi, II, 525 und sonst, selten bei Römern Chart. I, 127, 549. Bei Langobarden kommt diese ganze Formel nicht vor, da heisst es kurzweg: tradidi vobis in potestatem faciendi et judicandi jure proprietario legaliter quidquid volueritis, Muratori, Ant. I, 424, Chart. I, No. 52, 94. Doch auch bei Franken fehlt die Formel hie und da, z. B. Chart. I, 160, 178, 187. Muratori, II, 257. Auffallend ist, dass diese Formel im Frankenland selbst nicht regelmässig üblich war, obschon sich auch seltene Beispiele dafür finden. Auch im Cartularium Langob. wird auf die Erwähnung der Investitur in der fränkischen Urkunde kein Gewicht gelegt, ja dieselbe nicht einmal in das Urkundenmuster aufgenommen.

noch nicht geändert, sie ist noch Besitzeinweisung, aber eben in Folge dieser Verwendung in den Urkunden und ihrer Verbindung mit der traditio wird das nun anders. Man gewöhnt sich in der Urkunde schon von vollzogener Investitur zu reden, auch wenn sie noch nicht erfolgt ist, man nimmt die althergebrachte Urkundenformel und bedient sich derselben, wenn ihr Inhalt auch den Thatsachen nicht entspricht, die feierliche Besitzeinweisung per wasonem terrae et ramum arboris kommt ab und wird ersetzt durch eine symbolische Handlung bei Gelegenheit der traditio, und schliesslich wird traditio und investitura als synonym behandelt und man spricht geradezu von investitura per cartulam. Der Uebergang wird veranschaulicht in Muratori, I, 295 (a⁰. 1004):

> Donamus et transferimus et de nostro dominium transcribimus in dominium tuum, ut liceat tibi in his omnibus introire et potestatem per hec pagine donationis tanquam per legitimam et nostram corporalem traditionem et de nostris manibus in tuis mittimus adque corporaliter tradimus.

Dann Gleichstellung von traditio und investitura

> Muratori, I, 1001 (a⁰. 1055): donamus atque investimus et in ecclesie jus ac dominium omnino transfundimus.
>
> Chart. I, 664 (a⁰. 1083): hoc concessionis et investiture scriptum.
>
> Chart. I, 651: cartulam seu investituram.
>
> Muratori, I, 139 (a⁰. 1159): corporaliter per hoc instrumentum investiens trado, ut ab hodierna die in antea liceat vobis intrare, tenere, vendere, donare etc.
>
> Chart. II, No. 180 (a⁰. 1137): investituram offersionis super altare posuit.

Aus diesen Beispielen sieht man, dass im Laufe des 11. Jahrhunderts sich die Aenderung des Sprachgebrauchs vollzog; noch Mitte dieses Zeitraums ist investitura die alte

Besitzergreifung, daher i. J. 1055 (Muratori, III, 645) so gut als 1010 (Muratori, III, 643) und 1037 (Muratori, II, 963) noch die Klage um Gut lautet: terram malo ordine investisti, was im 12. Jahrhundert nicht mehr passt und durch introisti oder dgl. ersetzt wird. Im 12. Jahrhundert ist der Ausdruck Investitur ausschliesslich für die Bezeichnung des Acts der Tradition gebraucht [1]), daher der bekannte Satz

II F. 2 pr. Investitura proprie dicitur possessio, abusivo autem modo dicitur investitura, quando hasta vel aliud corporeum quodlibet porrigitur a domino feudi, se investituram facere dicente.

Denn wie von jeher jede Besitzeinweisung investitura geheissen hatte, mochte sie zu Eigenthum oder zu Lehn, Erbzinsrecht u. s. f. geschehen sein, daher man investitura jure proprietario und jure feudi etc. unterschied,

Chart. I, 200. 272. 828. 968. Lupi, II, 523. Muratori, I, 169. III, 211 u. s. w.

so behielt man auch jetzt den Ausdruck investitura bei, um damit, wie die Eigenthumsübertragung, so auch die Lehnsbestellung, Erbzinsconstituierung u. s. w. zu bezeichnen. Ja gerade für die Belehnung ist investitura vorzugsweise technischer Ausdruck geworden, wie die eben citierte Stelle II F. 2 sanctioniert hat. Aus Urkunden kann angeführt werden:

investitura = Belehnung: Muratori, III, 201. 211. Moriondi, I, 34. 40. Chart. I, 252. Liber jur. Genuens. 74 ss.

investitura = Libellbestellung: Chart. I, 711. Muratori, III, 213. Chart. II, No. 153.

investitura = Niessbrauchserrichtung: Muratori, I, 797.

investitura = Emphyteusebestellung: Muratori, III, 157. 161. 171. Berlan, Consuet. Mediol. a[i]. 1216, p. 23. 34.

[1]) Ich sehe ab von missbräuchlichen Anwendungen des Wortes wie z. B. in Chart. II, No. 280 (a[o]. 1156): investivit, promisit et firmavit quod nullo umquam in tempore molestabit vel inquietabit ministros ecclesiae.

Von dem vorzugsweisen Gebrauch des Wortes investitura für die Belehnung schreibt es sich auch her, dass der Name einer gewissen Art von Bauerlehen, welche mit ähnlichem Symbol wie die Ritterlehen, per baculum, per fustem geliehen wurden, geradezu investitura geworden ist, worüber der Tractat des Anselm ab Orto super contractibus emphytheosis etc. (ed. Jacobi) nähere Auskunft giebt und Beispiele sich finden bei Lupi, II, 835, 855, 857, 863, 867, 909. Chart. I, 579. 700. 749.

So verliert die Besitzeinweisung zwar ihren alten Namen, nicht aber ihren im Wesen der Sache liegenden Werth. Man verspricht sofort bei dem Abschluss des Rechtsgeschäfts die Besitzübergabe (cum stipulatione possessionis dedi, Chart. II, No. 254). Man giebt einen Boten mit, der den Erwerber (mag er zu Eigen oder zu abgeleitetem Recht erwerben) einweist. Dieser Bote heisst investitor: II F. 27 § 7 und 8, Muratori, III, 157, und bis ins 13. Jahrhundert hinein bei Fantuzzi, I, No. 133, 136, 149, 150, 153 u. s. f. Auch gewisse Solemnitäten haben sich für die Besitzeinweisung noch erhalten.

Muratori, III, 1119. 1129. Chart. I, 718. 886. 943. Fantuzzi, I, No. 111. 165.

Doch begnügt man sich andrerseits auch oft damit, nur die Ermächtigung zur Besitzergreifung dem neuen Erwerber zu ertheilen, possessionem te intrare jubeo:

Muratori, I, 139. II, 125. Fantuzzi, I, No. 114. II, No. 25, 27, 41, 43 und öfter.

Urk. v. 1277 in Stat. Pisana I, p. 678.

besonders die Genueser Notariatsurkunden in Chart. II, No. 281. 282 u. s. w.

in welchem Fall der Veräusserer wohl etwa ausdrücklich erklärt, bis zur Besitzergreifung Namens des Erwerbers besitzen zu wollen:

Muratori, V, 263. Urk. v. 1223 in Stat. Pisana, I, p. 643.

Gerade aber weil die Besitzergreifung im Rechte ihren Werth und ihre Bedeutung behält, muss sie auch wieder einen technischen Namen haben. Und darum kommt, seitdem der Ausdruck investitura auf die Verleihungshandlung übergegangen ist, für die eigentliche Besitzeinweisung der Ausdruck dare tenutam auf. Seitdem ist tenuta das, was im Deutschen Gewere ist, der Besitz, und ebenso auch das Besitzthum (so Lupi, II, 961. Fantuzzi, II, No. 77. Stat. Cherii 860):

Muratori, I, 857. 827 (tenimentum), 877. III, 161. 209. 211. 216. 1119. IV, 207. V, 263. Liber jur. Gen. 490. 525. Fantuzzi, II, No. 93. Chart. I, 713. Lupi, 1095, 1401. Odorici, V, p. 71. VI, p. 39. In den Statuten der italiänischen Städte sehr oft, vielfach abwechselnd mit possessio, doch auch in der Bedeutung von Arrest auf Fahrnis, identisch mit saisire, saxire, saximentum.

Diese Aenderung des Sprachgebrauchs greift über den Kreis hinaus, wo ein Gut in Folge Rechtsgeschäfts übertragen wird, auch in den Fällen Platz, wo durch gerichtliches Urtheil dem Kläger ein Gut zugesprochen wird. Das ist ganz consequent, da der Gerichtsspruch hinsichtlich der Begründung des Rechts an der Sache dem Rechtsgeschäft (Verkauf, Schenkung u. s. w.), das in der Sale zur Erscheinung kommt, gleichsteht; wurde die Schenkung, Belehnung u. s. f. Investitur genannt, so konnte auch der Gerichtsspruch als Investitur betrachtet werden. In der That sehen wir hier eine ganz gleiche Entwicklung, wie wir sie im Bisherigen gefunden haben. Besonders nehmen wir das beim Contumacialverfahren wahr. Wie wir S. 70 sahen, bestellte in fränkischer Zeit der Beklagte, der in einem Eigenthumsstreit über Grund und Boden unterlag, sofort vor Gericht Bürgen für die Investitur des Klägers; doch schon im 9. Jahrhundert wird schlechtweg von sofortiger Investitur gesprochen: a⁰. 820 z. B. (Muratori, I, 461): de presenti ipse Hucpald (der unterlegene Beklagte) per manicias suas de manu Bonifritus a

parte monasterii revestivit; a⁰. 822 (Fumagalli, No. 33): sicut et ipse presenti investivit Nonio preposito. Wenn dagegen die beklagte Partei nicht erschienen war und also nicht selbst das Versprechen der Investitur ablegen (resp. die Investitur symbolisch vollziehen) konnte, so nahm der Richter selbst die Investitur vor. Gegen einen auf dreimalige Ladung nicht erschienenen Beklagten wurde auf Antrag des Klägers diesem der Besitz der Sache provisorisch zugesprochen und wenn thunlich er auch in den Besitz der Sache eingewiesen. Wir haben hier den Ursprung des oben S. 201 ff. berührten Contumacialverfahrens. Der Richter beauftragte einen Gerichtsboten, den Kläger zu investieren; dieser Bote begab sich auf das Gut und vollzog die Investitur. Wird uns das besonders durch Urkunden aus der Gegend von Ravenna bezeugt (Fantuzzi, I, p. 212. 218. II, p. 27. Muratori, II, 959), so ist doch kein Grund, mit Ficker, Forschungen I, 62 anzunehmen, dass die Einweisung durch einen Boten dem Verfahren in der Romagna eigenthümlich gewesen sei; höchstens ist die Urkundenfassung sorgfältiger[1]). Diese Besitzeinweisung des Klägers heisst investitura salva querela, und zwar darum, weil (ganz entsprechend der spätern sächsischen Praxis) der Beklagte innert Jahr und Tag durch Erbieten zu Recht das Gut wieder an sich ziehen konnte. Die ersten Beispiele finde ich seit Ende des 9. Jahrhunderts, Fumagalli, No. 133, Muratori, Ant. I, 497. Script. I b, 396. Mem. di Lucca, IV b, 52; im 10. und 11. Jahrhundert ist die investitio salva querela eine in den Urkunden ungemein oft erwähnte Erscheinung, man bemerke etwa,

Muratori, Ant. I, 307. 487. 497. 971. II, 959.
Chart. I, 260. 552. 929.
Lupi, II, 127 u. s. w.

[1]) In Genua z. B. Chart. II, No. 1544. Consules Januenses possessionem tradere eidem fecerunt per suum exsecutorem. In Piacenza: Odorici, VI, p. 118: consules Placentiae per suam sententiam possessionem

Auch das cartularium Langob. (Pertz, IV, p. 601, No. 20 und 21) enthält das Formular dafür und die Expositio zu Rothar. 362 (361) § 4 erwähnt dieses Rechts. Dass diese Praxis sich auf ein Gesetz stützte, dürfte aus den gewöhnlichen Ausdrücken ut lex est, sicut legitur, hervorgehen. Was für ein Gesetz gemeint sei, ist unsicher; v. Savigny, Boretius (praef. ad libr. Pap. p. XCIII), Ficker (Forschungen, I, 33) suchten im römischen Recht und riethen wohl auf l. 8, § 3, C. 7, 39, ohne völlig befriedigt zu werden. Ich denke, wie schon S. 203 angeführt, an das Cap. v. 803 c. 7 bei Pertz I, 117. Es ist mir noch nicht ausgemacht, trotz Boretius, Capitularien, S. 83, dass dieses Capitulare bloss einen Zusatz zur lex Ribuaria bilden sollte. Die Bestimmung des Cap. 7 speciell hat durchaus allgemeinen Character und findet im Ed. Theod. 76 und Roth. 361 analoge Bezüge, vornehmlich aber in Hlud. Cap. v. 817 c. 11 (Pertz, I, 212), auf das auch die erwähnte expositio zu Roth. 361 und das Glossem in II F. 22 pr. Bezug nimmt, um die Praxis der investitio salva querela zu erklären. — Wenn es nun in diesen Urkunden über investitura salva querela heisst: judex actorem per lignum, quod in sua tenebat manu, investivit, so ist damit schon der gleiche Ansatz zur Aenderung des Sprachgebrauchs gegeben, wie wir ihn oben S. 290 gefunden haben: es wird in der Urkunde ursprünglich anticipiert, was erst nachher wirklich erfolgte, und dann wird überhaupt, wie die Belehnung per hastam, so die Gerichtseinweisung per lignum, baculum, durch den Gerichtsstab, Investitur genannt. Doch auch hier wird nur der Name, nicht die Sache und das Verfahren geändert, immer folgt noch die eigentliche Besitzeinweisung nach, welche in den italiänischen Statuten des 13. Jahrhunderts als missio in possessionem bezeichnet wird. Es bildet nämlich der Satz über die investitura salva querela einen integrierenden Bestandtheil der Stadtrechte und zwar

dederunt missi civitatis manibus suis propriis corporaliter eum in possessionem miserunt.

in der Wendung: der Kläger wird bei Contumaz des Beklagten in possessionem mittiert, der Beklagte kann binnen Jahr und Tag Wiedereinsetzung erlangen gegen satisdatio für alles Interesse des Klägers und Zahlung der bisher erlaufenen Kosten, nach Ablauf des Jahrs wird die Sache entweder dem Kläger definitiv zugesprochen oder der Contumax muss wenigstens seinerseits jetzt klagend auftreten, um wieder zu seiner Sache zu kommen.

Statuta Ravennae, c. CXV (Fantuzzi, IV, p. 58).
Consuet. Mediol. (Berlan p. 5).
Stat. Montiscalerii (leges munic. 1365).
Stat. Eporediae (ibid. 1165).
Stat. Pistor. (Zacharia, p. 16, No. 58).
Stat. Veronae (lib. jur. civ. urb. Veronae ex autographo anni MCCXXVIII, Ver. 1728. p. 57. c. 70).
Stat. Mutine, 481.
Stat. Bononiae, a[1]. 1250 lib. IV, c. 1 (Mon. della Romagna, Statuti I, p. 387).
Stat. Pisana, II, S. 655. 1019.
Stat. Arelat. (Giraud, Essai, II, p. 185) art. 1.

Das römische Recht hat sich schliesslich dieser Sache bemächtigt und das Verfahren unter die Regeln der missio in possessionem ex primo et secundo decreto gebracht.

Consuet. Mediol. (Berlan, S. 5).
Stat. Placentina (Mon. Parm. p. 282).
Stat. Eporediae (leges munic. 1119).

So durchgängig nun aber auch die Aenderung des Sprachgebrauchs in Beziehung auf die Investitur ist, so wenig wird doch das Wesen der Sache davon betroffen. Kein Gedanke daran, dass in Folge dieser mit dem Wort investitura vor sich gehenden Wandlung auch die Grundsätze über den Besitz (die bisherige investitura) sich geändert hätten, etwa der Erwerb des Besitzes nun auch an den neuen Act der Investitur wäre geknüpft worden u. dgl. Vielmehr ist mit dem Uebergang des Ausdrucks Investitur auf den Rechtsact

der Eigenthumsübertragung, Belehnung u. s. w. auch jede Beziehung zwischen ihm und der Besitztheorie aufgelöst, die Investitur gehört fortan dem Besitzrecht nicht mehr an und übt keinerlei Einfluss mehr darauf, investitura und possessio oder tenuta sind durchaus verschiedene Begriffe. Es ist nur noch eine Reminiscenz an frühere Zeiten, die sich in II F. 2 ausspricht: ursprünglich hiess der Besitz investitura. Daher sind für den Besitz fortan ausschliesslich die Ausdrücke possessio und tenuta gebraucht und an possessio und tenuta knüpfen sich jetzt alle Rechtsfolgen, welche früher aus der investitura geflossen waren [1]).

§ 24. Fortbestand germanischen Rechts.

„Eigentlichen Eingang konnte die Besitzlehre des römischen Rechts zwar bei den germanischen Völkern so leicht nicht finden, da diese ein gar zu verschiedenes Princip für die Behandlung der Besitzverhältnisse hatten", so erklärt Bruns S. 99. Das aus den Untersuchungen des ersten und zweiten Buches gewonnene Resultat bestätigt diese Ansicht nicht, sondern zeigt uns vielmehr für die Behandlung des Besitzes im römischen und im deutschen Recht die gleichen Ausgangspuncte, und erst in der Ausbildung der im Wesentlichen gleichen Grundprincipien treten die Verschiedenheiten auf. Als solche sind hauptsächlich vier namhaft zu machen:

1. die Ausbildung eines mehrfachen juristischen Besitzes bei den Deutschen,

2. die Fortdauer des juristischen Besitzes trotz Dejection und daher die Vermischung des den interdicta retinendae und recuperandae possessionis entsprechenden Verfahrens bei den Deutschen,

3. der Uebergang des Besitzes auf den Erben sofort mit dem Tode des Erblassers,

4. die Behandlung des Rechtsbesitzes.

[1]) Zur Seltenheit hat sich der Ausdruck tenuta auch in deutsche Quellen verirrt, z. B. Tomaschek, No. 333 (S. 250).

Und nun zeigt es sich, dass während in allen andern Beziehungen die römische Besitzlehre ganz von selbst Eingang und Anwendung fand, in diesen vier Puncten das deutsche Recht unverkennbaren Einfluss auf Doctrin und Praxis behielt. Ich will das in Kürze nachzuweisen suchen.

Wenn das germanische Besitzrecht wirklich so gar keine Berührungspuncte mit dem römischen gehabt hätte, so wäre die Stellung der Romanisten der italiänischen Rechtsschulen in dieser Lehre keine so unbefriedigende geworden, als sie es in Wirklichkeit gewesen ist. Denn dann hätten sich die Juristen von vorneherein über das Verhältniss von römischem und deutschem Recht ins Reine setzen müssen, wovon die Folge gewesen wäre, dass entweder das römische Recht in bewusstem Widerstreit gegen die germanische Rechtsanschauung das deutsche Recht über den Haufen geworfen und die Praxis sich unterworfen hätte, oder dass die deutsche Praxis lebenskräftig genug die Romanisten gezwungen hätte, sie als Abweichung vom römischen Recht, als Gegensatz gegen dasselbe anzuerkennen. Weder das eine noch das andre geschah, und zwar darum, weil die römische und die deutsche Besitztheorie in den Grundzügen so übereinstimmend waren, dass die Romanisten einfach die deutsche Praxis mit römischem Mass messen, auf die deutsche Praxis die römische Wissenschaft anwenden zu können glaubten. Dadurch geriethen sie in den Zwiespalt, in dem Wahne zu stehen, reines Feld für die römische Doctrin zu haben und Alles, was sie in der Praxis vorfanden, in das römische System bringen zu können, und dennoch unbewusst deutsche Anschauungen, die in dieses System nicht passen, verwerthen zu müssen. Bedenkt man weiter, dass zu derselben Zeit, da das römische Rechtsstudium seinen Aufschwung nahm, in der zu den libri Feudorum vereinigten Lehnrechtsliteratur der unbedingte Cultus der deutschrechtlichen Geweretheorie herrscht, so wird man sich um so weniger wundern, dass die römische Besitzlehre nicht unbesehen und leichten Kaufs

angenommen wurde. Gerade aber der Einfluss des Lehnrechts und der libri Feudorum darf nicht gering angeschlagen werden; man braucht die Glosse zum Corpus juris civilis nur oberflächlich anzusehen, um die Wahrnehmung zu machen, wie beständig die Glossatoren mit Vasall und Lehn argumentieren, nicht zu reden von der Aufnahme des liber Feudorum in den Kreis der Lehrgegenstände und der romanistisch-wissenschaftlichen Bearbeitung. Wie sehr aber gerade in den vier oben bezeichneten Richtungen, der Gewere des Vasallen neben der des Herrn, der processualischen Wirkung der Gewere, der Erbschaftsgewere und der Behandlung der Gewere an Rechten, der liber Feudorum seinen deutschen Ursprung wahrt, ist bekannt und im vorigen Buch oft gelegentlich berührt worden. So wurden von selbst in der Besitzlehre die Grundsätze des Lehnrechts, welche auch die der Praxis überhaupt waren, zu einer Macht, der sich der Romanist unbedingt fügte. Es kam nun darauf an, das römische Recht damit in Einklang zu bringen, und da trat dann jener Zwiespalt ein, von dem ich oben gesprochen. Er lässt sich nach den vier bezeichneten Richtungen deutlich verfolgen.

1. Dass die Romanisten die gleichzeitig neben der Gewere des Eigenthümers bestehende Gewere des Vasallen und Erbzinsmanns, welcher sie auf Schritt und Tritt im gewöhnlichen Leben begegneten, nicht übersehen konnten, versteht sich von selbst. Hiefür verwendeten sie nun die römische Unterscheidung von possessio civilis und naturalis und verwertheten die mehrfache Gewere zur Definition dieser Begriffe und umgekehrt diese römischen Schulbegriffe zur wissenschaftlichen Begründung der mehrfachen Gewere, welche dadurch zu einer der Grundlagen ihrer Theorie geworden ist. Und allerdings, waren einmal die Glossatoren, wie es in der That natürlich war, genöthigt, den Besitz von Herrn und Vasallen, resp. Emphyteuta als integrierenden Theil der Besitztheorie zu respectieren, so lag es dem mit römischen Begriffen Operierenden am nächsten, den Besitz des Eigen-

thümers als civilen, den des Lehnsmanns u. s. w. als naturalen zu bezeichnen. Dies hat besonders Bassianus scharf ausgesprochen, indem er duas possessiones eiusdem rei annimmt, eine possessio animo s. civilis, und eine possessio corpore s. naturalis, welche beide zwar in Einer Person vereinigt, aber auch getrennt vorkommen können (die Stelle bei Bruns, S. 109). Placentinus dagegen trübt diesen an sich unklaren Gedanken noch weiter dadurch, dass er für jeden Besitz animus domini fordert, dennoch aber allen jus in re habentibus die Interdicte giebt (Bruns, S. 106), obschon er ihnen nur naturalis possessio zuerkennt und diese streng genommen nicht Besitz sein lässt (Bruns, S. 108). Liegt diesen Versuchen sicherlich, wie aus den immer aufgestellten Beispielen des vasallus und emphyteuta hervorgeht, die tägliche Anschauung der Lehnsgewere u. s. f. zu Grunde, so ist dieselbe Wahrnehmung auch für Azo massgebend gewesen, wenn er das pro alieno sed sibi possidere des Lehnsmanns aufbrachte (Bruns, S. 106), und sich die Sache so construierte, der Eigenthümer, der das Gut selbst in thatsächlichem Besitz hat, habe naturalen Besitz, durch Hingabe an einen dinglich Berechtigten behalte er nur den civilen und überlasse den naturalen dem dinglich Berechtigten (Bruns, S. 110 ff.). Wie sehr er dabei unter der Macht des deutschen Rechts steht, ist nicht zu verkennen, zumal bei Betrachtung der Hauptstelle

> Summa in Cod. ad tit. de acq. et ret. poss. 7, 32: Proprietarius, qui rem alii concessit fruendi causa vel qui rem concessit in feudum vel in emphyteosim (habet civilem possessionem, nam) sibi quaerit possessionem per servum fructuarium. Fructuarius vero vel emphyteota aut vasallus naturalem habet possessionem, sibi enim possiderent ratione juris quod habent in re. Et idem dico in colono si conduxit ad non modicum tempus, cum et habeat utilem rei ven. sicut emphiteota . . . Ego

autem proprietarius solo animo meo retineo civilem et non naturalem. Satis enim operatur mihi animus si retineam civilem. Colonus autem cum non possit retinere civilem solam retinet naturalem domino suo, fructuarius vero et emphiteotae et similes sibi retinent naturalem. Insuper etiam dicunt quidam eos habere quandam civilem respectu naturalis, sed quae vel qualis sit ista quaedam civilis, lex non dicit nec nos intelligere possumus.

Die Accursische Glosse ist eine unklare Vermischung von Placentin, Roffredus und Azo. Das zeigt sich am auffälligsten in

Gl. ad l. 3, § 5 D. 41, 2: Dicebat Trebatius duos naturaliter in solidum possidere, unum juste et alium injuste; quod est impossibile. Sed civiliter dicebant R. et P. et alii duos in solidum possidere diversis respectibus et causis... ut debitor qui habet civilem et creditor qui cum naturali habet quandam civilem. Item de re data in emphyteusin vel in feudum vel in dotem.... Item feudatarium et emphyteutam, quos dixit R. habere civilem ratione juris quod habent in re, dixit Joan. nullam civilem habere, sed naturalem tantum, et dominus tam civilem quam naturalem retinet . . . cum duo etiam civiliter in solidum non possideant. . . . Dic ergo secundum Joan. duos in solidum non possidere neque civiliter et naturaliter, neque naturaliter tantum neque civiliter tantum, sed unus civiliter, alter naturaliter, sicut fructuarius et proprietarius, 2. item dominus et vasallus, 3. item dominus et emphyteuta. Sed quid si ille qui habet naturalem tantum ut vasallus et similes alii det in feudum vel in emphyteusim, an habeat postea civilem? Respon. secundum Joan. naturalem transferre.

Neben dem leider oberflächlich behandelten Schluss dieser Stelle ist noch bemerkenswerth

Gl. ad l. 4, C. 7, 32: naturalis possessio non potest retineri animo, nisi possessio sit coram oculis, vel nisi sit fructuarius, et nisi in feudatario et emphyteuticario, quia ratione sui juris possident, et naturaliter tantum, cum dominus civilem habeat.

Ueber diesen mangelhaften Standpunct sind die Postglossatoren und Commentatoren Italiens nicht hinausgekommen. Zwar einen Ansatz zu einer dem römischen Recht entsprechenderen Behandlung des Besitzes von Ober- und Unterherr finden wir namentlich bei Bartolus. Die Hauptstelle ist

Bart. ad l. 1 D. de acq. vel am. poss. No. 8: Possessio civilis est jus insistendi rei non prohibitae possideri, aptum producere civiles effectus respectu veri dominii. Secunda possessio est naturalis et est jus insistendi rei non prohibitae possideri aptum civiles producere effectus respectu alicuius iuris a dominio separati et respectu naturalium accessionum. Usufructuarius possidet naturaliter; habetne effectum civilem? Certe sic, quia praescribo jus ususfructus. Item feudatarius jus feudi; non autem verum dominium praescribunt fructuarius et feudatarius, imo verum dominium fatentur et recognoscunt Quaero, quare non facio plures species possessionum, una quae competit feudatario, alia quae competit usufructuario, alia emphyteuticario. Et non esset peccatum dicere, quod una esset ab alia separata numero, sed non differunt specie.

Dazu Bart. ad l. 3, § 5 eod. Sola civilis possessio sufficit ad usucapionem dominii, sola vero naturalis sufficit ad usucapionem juris, id est dominii utilis.

Die Annäherung an das römische Recht besteht darin, dass Bartolus den Besitz des Vasallen und des Emphyteuta gleich dem des Usufructuars als Rechtsbesitz, nicht als Sachbesitz empfindet; aber freilich ist es bei unsicherer Empfin-

dung geblieben; denn wäre er zur Klarheit gelangt, so hätte er mit der herkömmlichen Vertheilung von possessio civilis und naturalis an Herrn und Vasall brechen und dem erstern den Civilbesitz der Sache, dem letztern den Civilbesitz des Rechts an der Sache zuschreiben müssen. Nicht anders verhält es sich mit Bartolus' Zeitgenossen und Nachfolgern. Man vergleiche nur noch

> Baldus ad tit. C. 7, 30: Cum dicimus, talis possidet ex conducto, verbum possidet ponitur pro detinet, si est simplex colonus; sed si esset perpetuus vel emphyteota vel feudatarius, intelligitur possidet scilicet naturaliter, quae naturalis etiam utilis civilis potest appellari.

Jason de Mayno wiederholt (ad tit. D. de acq. poss. No. 21 u. 26) einfach die Darstellung von Bartolus über den naturalen Besitz des Vasallen und des Emphyteuta, nachdem er vorher die verba aliqualiter obscura Bartoli durch eine nicht minder dunkle Ausführung aufzuhellen gesucht hat:

> Sicut ususfructus formalis non potest esse apud directum dominum, ita possessio naturalis formalis quae est apud usufructuarium non potest esse simul cum civili quae est apud proprietarium, quia sicut non datur concursus proprietatis cum usufructu formali, ita non datur concursus possessionis naturalis formalis simul cum simili. Sed capiendo civilem et naturalem possessionem large et improprie, nihil repugnat quin possint simul concurrere, sicut etiam concurrunt naturalis et civilis obligatio.

Wie wenig Klarheit hierin vorhanden war, zeigt unter Anderm auch der Umstand, dass auf Grund der Azonischen Theorie von der ursprünglichen Einheit der possessio civilis und naturalis und der Loslösung der letztern von jener durch Constituierung eines Leiheverhältnisses beharrlich durch die mittelalterliche Doctrin die müssige und sinnlose Frage durchgeschleppt wurde, ob der naturale Besitz des Vasallen

bei Vacanz eines Dominus den Civilbesitz an sich ziehe z. B.

Jason, ad tit. D. de acq. poss. No. 73: Quaerit Bartolus, utrum possessio naturalis quam habet emphyteota, feudatarius vel similes, trahat ad se civilem domini vacantem. Et tenet quod non, quia non habent animum illam quaerendi. Adde secus est contra, quia finito feudo vel emphyteosi civilis quae est apud dominum trahit ad se naturalem quae erat penes vasallum.

Mit vollem Recht spricht Bruns von Beschränktheit und Ungelenkigkeit der Glossatoren (S. 106) und Unnatürlichkeit und innerlicher Inconsequenz der Theorie (S. 112), aber er übersieht den Grund, den Delbrück hierin richtiger blickend (dingl. Klage, S. 101) darauf zurückführt, dass „die Gewere unerkannt ihre Herrschaft fortsetzte". Bei dieser Sachlage werden wir auch nicht erwarten, in der mittelalterlichen Jurisprudenz Klarheit über die Frage zu treffen, wem in solchen Fällen mehrfachen Besitzes die Interdicte zustehen. Zwischen Eigenthümer und dinglich Berechtigten macht sich die Sache noch am einfachsten: jener hat die Interdicte zum Schutz seines Civil-, dieser zum Schutz seines Naturalbesitzes. Aber für Beantwortung der Frage, wer nach aussen, gegen Dritte, die Besitzklagen habe, sind oft statt eines festen Princips Aeusserlichkeiten und Zufälligkeiten bestimmend; z. B. nach Bartolus Comm. zum tit. Uti Poss. ist dem Eigenthümer das Interdict gegen den versagt, der seinen Usufructuar dejiciert, während Dejection des Vasallen den Lehnsherrn zur Anstellung des Interdicts berechtigen soll, weil im erstern Fall die civilis possessio des Eigenthümers nicht angefochten sei, wohl aber im zweiten, wo die Leistung des Lehnsmanns, in welcher die civilis possessio domini repräsentiert sei, durch die Dejection unmöglich gemacht werde.

2. Als zweiter Punct, worin sich der Einfluss des germanischen Besitzrechts geäussert habe, ist die Behandlung

der interdicta retinendae und recuperandae possessionis namhaft gemacht worden, zumal hinsichtlich des Einflusses der deutschen Ansicht von Fortdauer der Gewere trotz Dejection. Mit diesem Puncte betrete ich ein Gebiet, das durch Delbrücks Buch über die dingliche Klage des deutschen Rechts neuerdings wieder zum Schauplatz heftiger Kämpfe geworden ist. In diesem Werke ist Delbrück bekanntlich der herrschenden Ansicht, dass das sog. possessorium ordinarium des Mittelalters, welches auf den ältern Besitz abstellt, wirklich possessorischer Natur und zwar Ausfluss des interdictum Uti Possidetis sei, entgegengetreten mit der Behauptung, dieses ordinarium sei die alte dingliche (petitorische) Klage des deutschen Rechts; daher erklärt er es als einen ungeheuern Irrthum und Abweg, auf dem sich seit dem Mittelalter Theorie und Praxis befinde, dass die bezügliche Klage als possessorische sei betrachtet worden, während sie doch ihrer innersten Natur nach petitorisch sei, denn die alte deutsche Eigenthumsklage habe in erster Linie auf dem Grundsatz beruht, dass die ältere Gewere der jüngeren vorgehe. Der vielfachen Opposition, die sich gegen diese Theorie erhoben hat, ist der beste Widerlegungsgrund unbekannt geblieben, nämlich der, dass der Ausgangspunct Delbrücks verkehrt ist. Der Satz, dass für die deutsche Eigenthumsklage der Vorzug der älteren Gewere massgebend gewesen sei, ist falsch, wenn anders meine Darstellung des altdeutschen Systems der dinglichen Klagen (oder besser der Klagen um Gut, gleichviel ob in rem oder in personam) richtig ist, und mit ihm stürzt die ganze auf ihn gebaute Theorie zusammen. Wir haben gesehen, dass im Eigenthumsprocess die Gewere überhaupt nicht die entscheidende Rolle spielt, die ihr Delbrück zuweist, und dass speciell auf älteren Besitz die Untersuchung nur dann gerichtet wird, wenn eben die Vorfrage des Besitzes zu entscheiden ist und beide Parteien Besitzhandlungen nachweisen. Halten wir diesen letztern Punct fest, so muss uns die Haupttendenz des Delbrück'schen Buchs

als eine verfehlte erscheinen: es kann keine Rede davon sein, dass das possessorium ordinarium mit seinem auf Feststellung des älteren Besitzes und Entscheidung zu Gunsten desselben gerichteten Endpunct die petitorische (Eigenthums-) Klage (besser die Klage um Gut) des deutschen Rechts in sich aufgenommen habe. Dagegen fragt es sich nun, ob das possessorische Verfahren des italiänischen Mittelalters wirklich so ganz unberührt von germanischen Rechtsanschauungen geblieben sei, wie bisher angenommen wird, wenn auch Bruns (Jahrbuch des gem. D.R. IV) schon nicht mehr mit der alten Zuversicht, wie er sie noch in seinem Recht des Besitzes ausgesprochen hatte, dafür einzutreten vermag. Ich meinerseits sehe die Einwirkung des germanischen Rechts für bedeutend genug an und befinde mich demgemäss in der Lage, mit Delbrück einig zu gehen darin, wenn er die Ansicht bekämpft, dass das mittelalterliche Possessorium abgesehen von einigen Sonderbarkeiten im Wesentlichen echtes römisches Recht wiedergebe, während ich mich von ihm trenne, sobald er dieses Possessorium seines possessorischen Characters entkleiden will. Wahrlich es ist dieses Institut durch die Vermischung römischer Doctrin mit deutscher Praxis schon innerhalb der Schranken des Besitzrechts genug verunstaltet worden, und man hat nicht nöthig, diese Verunstaltung durch Hereinziehung von Elementen aus dem Petitorium zu vergrössern. Ich betrachte nun zuerst die Gestaltung des Rechtsmittels zur Erhaltung des Besitzes und wende mich dann zu der Frage, wie die Dejection und das Rechtsmittel zur Wiedererlangung verlornen Besitzes ist behandelt worden.

Wir sahen, dass schon in fränkischer Zeit bei zweifelhaftem Besitzstand, wo beide Parteien Besitzhandlungen für sich geltend machen konnten, die Besitzfrage zu Gunsten desjenigen entschieden wurde, der den älteren Besitz für sich hatte. Noch deutlicher haben uns die deutschen Rechtsbücher das gezeigt. In unverkennbarer Uebereinstimmung damit befinden sich die italiänischen Besitzprocesse des 12. Jahrhunderts.

In einem von Muratori, Ant. It. I, 159 mitgetheilten Falle, der im Jahr 1197 zwischen dem Erzbischof von Ravenna als Kläger und Petrus Traversaria als Beklagten verhandelt wurde, heisst es:

> Dicebat (actor), Ducatum ad ecclesiam pertinere et mortuo filio Johannis ducis ecclesiam per suos ministros primum Ducatus possessionem occupasse, unde vel possessionem non amisisse et potiorem in judicio quod est retinendae possessionis fore, vel in jure possessorio quod est de recuperanda possessione obtinere debere. Econtra Petrus dicebat, se prius possessionem Ducatus adeptum fore.

Das Gericht nahm eine Kundschaft über die Besitzverhältnisse auf und die Zeugen sagten ziemlich übereinstimmend aus: quod nuncii archiepiscopi prius intraverunt possessionem Ducatus, et Petrus Traversaria et Taurellus postea tenuerunt Ducatum usque modo. Darauf ergieng der Spruch: de duabus partibus Ducatus, quas Petrus detinet, pronuntiamus Petrum in possessorio absolutum, in proprietatis judicio autem sic dicimus etc. So auffallend unrömisch nun auch die Parteibehauptungen mit ihrer Berufung auf den älteren Besitz (trotz der äusserlichen Anlehnung an die Ausdrücke retin. u. recup. poss.) erscheinen, so kann andrerseits nicht geläugnet werden, dass das Urtheil, das den Beklagten wegen seines gegenwärtigen Besitzes schützt, dem römischen Recht keineswegs widerspricht; und auch da, wo bei zweifelhaftem Besitzstand der auf früheren Anfang zurückführende (also ältere) Besitz den Vorzug erhält, wie in dem berühmten c. 9 (Licet causam) X. de prob. 2, 19, liegt nichts vor, was dem echten interdictum Uti Possidetis zum Schutz des gegenwärtigen Besitzes grundsätzlich fremd wäre. Freilich findet sich darin ebensowenig etwas dem deutschen Recht Widersprechendes, das auf den älteren Besitz ja auch nur dann zurückgriff, wenn beiderseits Besitzhandlungen bis auf die Gegenwart nachgewiesen waren, und selbst Bruns (Jahrbuch,

IV, S. 61) lässt sich zu der Erklärung herbei, jene Decretale „beruhe lediglich auf demselben Princip wie die Stelle des Richtsteiges von der olderen were.“ Bei dieser Sachlage lässt sich natürlich schwer darüber streiten, ob wir es hier mit Fortdauer des germanischen Rechts oder mit Anwendung der Grundsätze des interdictum Uti Possidetis zu thun haben. Wenn ich mich für das erstere entscheide, so geschieht es aus folgenden Gründen.

Die Darstellungsform der Urkunden über Besitzprocesse, wenn auch mit römischrechtlichen Floskeln behängt, verläugnet nicht die germanische Denkweise; begreiflich, denn die Gerichte waren im 12. und 13. Jahrhundert noch keineswegs durchweg dem Juristenstand überantwortet und die Praxis hatte keine Veranlassung, ihre deutschrechtlichen Anschauungen da zu ändern, wo kein Widerspruch mit dem römischen Recht und der Theorie der Glossatoren hervortrat und somit keine Inconvenienzen fühlbar wurden. Einen deutlichen Hinweis auf die Fortdauer des deutschen Verfahrens giebt namentlich der Umstand, dass noch oft possessorium und petitorium gar nicht getrennt sind, sondern jenes nur als Einleitungsverfahren in dem schon von Anfang an auch über das Recht an der Sache erhobenen Process behandelt wird. Ausser in dem angeführten Fall bei Muratori I, 159 sehe man z. B. Chart. II, No. 1658 (a. 1192), wo die Klage sofort Besitz- und Rechtsfrage vereinigt: agebat contra prepositum et fratres eius, ut restituerent possessionem ecclesie, quam per ministrum suum possidebat, quem de ecclesia per vim dejecerunt; item petebat ab eisdem ecclesiam dicendo suam esse propriam, und wo auch die Gründe für Besitz und Recht in bunter Vermischung vorgebracht werden. Das altdeutsche Beweisverfahren ferner litt bei solchen Besitzprocessen weniger als bei andern Sachen durch den Einfluss des römischen Rechts, weil die Befragung der Nachbarn über den Besitzstand von Alter hergebracht war und unangetastet blieb. Weiter aber legte ja das römische Recht formell

nicht das Gewicht auf den älteren Besitz wie das deutsche Recht; wenn daher in Parteivorträgen und Urtheilen die prior possessio eine solche Rolle spielt, die dem ausschliesslich mit römischem Recht Vertrauten immerhin auffällig ist, so wird man leichter die ältere Gewere des germanischen Rechts darin anzuerkennen geneigt sein. Sodann aber und hauptsächlich: diese prior possessio erobert sich allmählig im Besitzprocess eine Bedeutung und eine Stellung, die sie nie erlangt hätte, wenn sie nur als im Dienste des reinen, echten interdictum Uti Possidetis stehend und für seine Zwecke verwendbar wäre betrachtet worden. Denn der Werth des gegenwärtigen Besitzes wird durch sie im Laufe der Zeit geradezu illusorisch gemacht: sie wird das einzige thema probandum und vom älteren Besitz wird einfach auf den gegenwärtigen präsumiert. Dieses ihr Ueberwuchern über den eigentlichen Zweck und Sinn des interdictum Uti Possidetis vermittelst der neu aufkommenden Präsumtionentheorie erklärt sich nur aus deutschrechtlicher Praxis. Zwar dass das alte germanische Eidrecht zur Ausbildung derselben mitgewirkt hat, wie Bruns meint (Jahrb. IV, S. 54 ff.), erscheint mir mehr als problematisch. Eine zum Mindesten einfachere, aber auch ansprechendere Erklärung ergiebt sich so, dass man annimmt, man habe durch die Präsumtion der Fortdauer des älteren Besitzes die schwierigen und meist resultatlosen Untersuchungen über den gegenwärtigen Besitz vermeiden wollen. Wenn man nämlich die Urkunden jener Zeit über Besitzstreitigkeiten näher betrachtet, so macht man die Wahrnehmung, dass sie sich in der Regel durch Feststellung des ältern Besitzes erledigten und erledigen mussten, weil die ausgedehnten Grundbesitzungen oder die Natur der Rechtsamen, deren Besitz streitig war, leicht Besitzhandlungen beider Parteien während längerer Zeit ermöglichten und den Beweis des ausschliesslichen Besitzes einer Partei bis auf die Gegenwart erschwerten, wie ein Beispiel hiefür das berühmte c. 9 X. de prob. 2, 19 abgiebt. Auch aus den Kundschaftsprotocollen erhält man den Ein-

druck, wie wenig Gewissheit durch sie über den gegenwärtigen Besitz erlangt wurde. Zeugenaussagen wie: si pro ecclesia (colonus) teneret, ignorat; nec postea vidit aliquando archiepiscopum; si monaci eum inde expulerunt nescio; audivi dicere sed non vidi; non credit quod possidere desiit u. dgl. sind nicht selten. Man vergleiche ausser dem oben angeführten Fall bei Muratori I, 159 noch ibid. I, 877 (a. 1195), IV, 69, Chart. II, No. 1583 (a. 1181). Und wenn man sich doch dieser Untersuchung unterzog, so standen sich genug Zeugen gegenüber, welche beiderseits Besitzhandlungen darthaten. Unwillkürlich ferner erhielten diese Zeugenaussagen bei der angedeuteten Beschaffenheit der Besitzstreitigkeiten von vorneherein eine Richtung auf Feststellung des ältern Besitzes, des Besitzerwerbs, wie z. B. in der Kundschaft von 1170 bei Muratori, IV, 207. Die Besitzansprecher waren ja meist nicht selbst in factischer Detention, sondern liessen die Güter durch Colonen bewirthschaften. Von dem Abt eines vom streitigen Gut vielleicht weit entfernten Klosters wussten die Nachbarn etwa, dass er vor so und so viel Jahren auf dem Gut anwesend gewesen sei und eine Besitzhandlung vorgenommen habe, resp. in den Besitz sei eingeführt worden, nicht aber, ob er seither Besitzer geblieben sei. Die Zeugenaussagen lauten daher darauf, dass eine Besitzhandlung vor so und so viel Zeit constatiert wird, und die Bilanz, die der Richter daraus ziehen konnte, war nur Fixierung des älteren Besitzes. So kam man dazu, in den Parteivorträgen sich gleich auf den älteren Besitz zu berufen, wie das in dem oben mitgetheilten Process von 1197 der Fall ist, obschon es doch hier für den Beklagten gewiss näher gelegen hätte, zuerst den Nachweis ausschliesslichen gegenwärtigen Besitzes zu versuchen; und ebenso richtete man Seitens des Gerichts die Fragen sofort auf den älteren Besitz, wovon denn das nothwendige Ergebniss war, dass die Fortdauer desselben präsumiert wurde. Zu dieser Entwicklung hat nun aber das römische Recht aus sich allein

heraus, wie mich däucht, die genügenden Anhaltspuncte gar nicht geboten, sondern einzig die deutsche Praxis, welche althergebrachter Weise die zwei Stufen unterschied: 1) wer hat die hebbende Gewere? 2) wenn beide sie haben, wer hat die ältere Gewere? Die erste Stufe wird nun übersprungen und die ältere Gewere gewinnt damit die Präsumtion, dass sie auch die gegenwärtige sei. Ja ich möchte sogar sagen: das römische interdictum uti possidetis war für die Besitzverhältnisse, wie sie die Cultur des Mittelalters geschaffen hatte, gar nicht sehr geeignet; die stricte Ausführung der prätorischen Formel passt auf aedes, Wohnungen, wo der gegenwärtige Besitz offen vorliegt, nicht auf Ländereien, die in aller Herren Landen zerstreut sind, und noch weniger auf Rechtsamen aller Art, welche die Römer gar nicht kannten. Wie das Object des Besitzes deutscher Herkunft ist, so auch der Schutz dieses Besitzes. Daraus ergiebt sich mir der Schluss: der Besitzprocess des italiänischen Mittelalters, soweit er über Störung oder zweifelhaften Besitzstand stattfindet, ist das nothwendige Ergebniss der mittelalterlichen, also germanischen Cultur und damit auch des an ihr haftenden und mit ihr verbundenen germanischen Rechts, und die Einreihung in das römische System und unter die Rubrik des interdictum Uti Possidetis ist nur eine äusserliche, wie denn auch der Beweis nicht in römischem Sinne gerichtet wird auf den gegenwärtigen fehlerfreien Besitz, sondern in germanischer Weise auf den ältern Besitz, dessen Fortdauer bei zweifelhaftem Besitzstand präsumiert wird.

Die gleichen Verhältnisse, wie ich sie eben als Hindernisse stricter Durchführung des interdictum Uti Possidetis namhaft gemacht habe, sind nun aber weiter die Veranlassung gewesen zu Verwischung des Unterschiedes zwischen Turbation und Dejection in der practischen Anwendung. Bruns (Jahrb. IV, S. 49) macht die treffende Bemerkung: „Wo der Besitz nicht in einer continuierlichen unmittelbaren

Detention besteht, sondern nur in einer wiederholten Ausübung einzelner Besitzhandlungen, wie bei Wäldern, Wiesen, Weideplätzen u. dgl., kann der Besitzer, wenn ein Occupant solche einzelne Handlungen wie Jagen, Holzschlagen, Viehweiden mit Gewalt durchsetzt, in der Regel sich ebensogut sofort als dejiciert ansehen und unde vi klagen als auch die Handlungen als blosse Störungen behandeln und wegen der Störung Uti Possidetis klagen." Nun, die Besitzprocesse des Mittelalters bewegen sich durchweg auf diesem Boden: es sind Streitigkeiten über den Besitz an ausgedehnten und oft weit entlegenen Ländereien, die der Eigenthümer nur vorübergehend besucht, oder an Zehntrechten und andern Rechtsamen, wo der Berechtigte, mochte er auch noch so augenscheinlich dejiciert worden sein, doch immer wieder sich den Schein geben konnte, als sei er noch im Besitz. Man vergleiche den Besitzstreit von 1148 bei Muratori, Ant. It. IV, 29, wo der Kläger in der Klage selbst erklärt, er sei violenter et injuste expulsus, und dennoch das Verfahren durch Feststellung des älteren Besitzes erledigt wird. Man kann daher sagen, dass für die Praxis der Unterschied zwischen interdicta retinendae und recuperandae possessionis (uti possidetis und unde vi) wenn nicht gleichgültig, doch nicht sehr erheblich war, indem eben mit leichtester Mühe die gravierendsten Dejectionsfälle unter das interdictum Uti Possidetis untergebracht wurden und so factisch der Unterschied der Interdicte verwischt wurde. Selbst der mit Waffengewalt Vertriebene und offenbar Spoliierte konnte der Sache eine Wendung geben, welche diese Spoliation nur als eine vorübergehende Störung, etwa blos als Verhinderung eines einzelnen Zehntbezugsactes, nicht als Hinauswerfen aus dem Besitz des Zehntrechts selbst, erscheinen liess; er stellte dann das interdictum Uti Possidetis an und genoss dessen neuen Vortheils, durch Nachweis des ältern Besitzes dem Rechte zu genügen, befreite sich also dadurch von der Pflicht, die Dejection zu beweisen. Das

fand nun noch seinen festen Halt in der deutschrechtlichen Ansicht von der Fortdauer der Gewere auch bei Dejection und in der schon zur Karolingerzeit sichtbaren Hinneigung dazu, auch bei Besitzentsetzung auf den ältern Besitz abzustellen (oben S. 104). Dass in der Praxis auf diesem Wege das Bewusstsein des Unterschiedes zwischen interdictum U. P. und U. V. schwankend wurde, zeigt die Urkunde von 1197 bei Muratori, I, 159, wo der Kläger beide Rechtsmittel zur Auswahl giebt:

> Dicebat, vel possessionem non amisisse et potiorem in judicio quod est retinendae possessionis fore, vel in jure possessorio quod est de recuperanda possessione obtinere debere.

Dieser Verwilderung der Praxis ist auch die wissenschaftliche Erkenntniss keineswegs so entschieden entgegengetreten als oft behauptet wird, im Gegentheil hatte sie Sätze ausgebildet, welche jener practischen Richtung den bedeutendsten Vorschub leisteten. Zwar unterliegt es keinem Zweifel, dass die italiänischen Juristen von Placentin bis Menocchi theoretisch den Satz respectieren, durch Dejection gehe der Besitz verloren, und demgemäss den Unterschied zwischen Turbation und Spoliation, zwischen interdictum retinendae und recuperandae possessionis festhalten. Aber daneben fanden in die Doctrin Argumentationen Eingang, welche der unbedingten Geltung jenes Satzes Concurrenz machten. Wie die römischen Schulbegriffe von possessio civilis und naturalis dazu herhalten mussten, die deutschrechtliche mehrfache Gewere in ein römisches Gewand zu stecken, so dienten sie auch dazu, deutschrechtlichen Anschauungen in der Theorie vom Schutz des Besitzes Eingang zu verschaffen. Schon von Irnerius findet sich (in Gl. civiliter ad l. 1, § 9, D. de vi, 43, 16) die Notiz, dass justa possessio Civilbesitz, injusta possessio Naturalbesitz sei. Andrerseits ist bekanntlich bei den Glossatoren die Ansicht vorherrschend, dass auch bei Verlust der Detention doch der Civilbesitz

erhalten bleibe (solo corpore non amittitur possessio; Azo). Combinierte man diese beiden Gedanken, so konnte man zu dem Schlusse kommen, dass der injuste, also naturaliter possidens gegenüber dem fortdauernden Civilbesitz des Dejicierten auch im interdictum uti possidetis unterliege, somit der Dejicierte für den Besitzschutz als gegenwärtiger Besitzer gelte, ein Schluss, den Rogerius wirklich angenommen hat, wenn er sagt: qui ab adversario vi possidet, hoc interdicto (U. P.) inferior est; potior enim est illius civilis possessio quam adversarii naturalis detentio (Bruns, S. 117). Unsere Romanisten sind nun freilich geneigt, dieses Dictum des Rogerius als ein Unicum zu behandeln, das keine Unterstützung in der Doctrin habe; die Notiz des Irnerius wird an die bekannte Meinung des Trebatius angeknüpft, und der Satz solo corpore non amittitur possessio, possessio animo retinetur, wird etwa (z. B. von Maassen, Jahrbuch des gem. D. R. II, S. 445 ff.) dahin interpretiert, der Besitzer gebe durch Verlust der naturalis detentio den Besitz nicht auf, solange er nicht das Bewusstsein des Verlusts habe (animus also nicht im Sinn von Willen, sondern von Bewusstsein genommen). Durch diese logisch correcte Aushilfe wird allerdings die Theorie der Glossatoren von dem Vorwurf der Zweideutigkeit befreit, aber ich zweifle, ob man zu Gunsten der Glossatoren so weit gehen darf, und ob sie wirklich verdienen des Vorwurfs eines innern Widerspruchs oder wenigstens Schwankens ganz enthoben zu werden. Mir scheint, dass die Glossatoren doch in dergleichen Sätzen mehr aussprachen als nur das von Maassen Hineingelegte, dass sie der Annahme einer Fortdauer des Civilbesitzes trotz Dejection, wie sie Rogerius geradeheraus ausspricht, nicht abgeneigt waren, dass sie dann aber auch wieder durch die Methode ihrer wissenschaftlichen Bethätigung, die sie zu beständigem engen Anschluss an den Wortlaut des Corpus Juris nöthigte, an den betreffenden Stellen leicht zu einer Formulierung der Glosse geführt wurden, welche mit

jenem Gedanken nicht im Einklang war. Man wird wenigstens zugeben, dass bei keiner Methode die Gefahr, in Widersprüche zu gerathen, näher liegt als bei der glossierenden. Was mich in diesem Zweifel gegen die Glossatoren besonders bestärkt, ist der oben besprochene damalige Zustand der Praxis, die den Unterschied zwischen dem Verfahren wegen Störung und wegen Dejection nicht zu bestimmter Erscheinung gebracht hat. Wie wenig sich die Doctrin dem davon ausströmenden Einfluss auf die Länge hat entziehen können, zeigt die Rechtsentwicklung der Folgezeit zur Genüge, wie denn auch Bruns (Jahrbuch, IV, S. 37 ff.) in wesentlich verbessernder Vervollständigung seines Werkes über den Besitz zugiebt, dass man in vielen Fällen Fortdauer des Besitzes angenommen habe, wo das römische Recht entschieden Verlust desselben annahm, und (S. 53) dass einzelne Italiäner diese Grenze auch überschritten und den Civilbesitz sowie das interdictum uti possidetis auch bei wirklicher und vollständiger Dejection zugelassen haben, ja sogar nicht läugnen will, „dass die germanischen Ideen einen gewissen Einfluss dabei gehabt haben“ (S. 38), „dass das Princip der deutschen Gewere, die nur durch freiwillige Aufgabe verloren geht, mitgewirkt habe“ (S. 46). Nach dem bisher Gesagten erscheint es mir gerechtfertigt, über solchen blos secundären Einfluss deutscher Rechtsanschauungen noch hinauszugehen und ihnen den ersten Platz einzuräumen, wobei vielleicht jene bekannten Stellen von Paulus (Trebatius), Sabinus, Julian und Ulpian (l. 3, § 5, l. 19, pr. de poss. l. 3, pr. Uti poss.) die Aufnahme erleichtert haben. Denn das lässt sich nun einmal nicht läugnen, dass in der Praxis die Behandlung dieser Frage höchst unsicher war; und da nun die Praxis, wie ich glaube aus obigen Gründen annehmen zu müssen, auf germanischem Recht weiter entwickelt ist, nicht aber als Ausfluss der wissenschaftlich erweiterten Tendenz des römischen Rechts, den Besitz möglichst lang als nicht verloren zu behandeln (Bruns, Jahrb. IV, S. 46), erscheint, so

liegt es näher anzunehmen, dass auch die Unklarheit und Schwankung der Doctrin von dem Einfluss der unter ihren Augen wirkenden Praxis herrühre und auch die wissenschaftliche Erkenntniss durch sie zu Aufstellung von Sätzen sei veranlasst worden, die, wenn auch nothdürftig an das römische Recht angeknüpft, doch auf die germanische Anschauung von der Fortdauer der Gewere trotz Besitzentsetzung als ihre erste Quelle zurückführen.

Aber selbst wenn man entgegen dieser Auffassung von der Glosse die Ansicht festhält, dass die italiänische Jurisprudenz des 12. und 13. Jahrhunderts im Grunde über Begriff und Wesen der interdicta Uti Possidetis und Unde Vi im Reinen gewesen sei und die römischen Sätze anerkannt habe, so bleibt noch immer die Frage, wieweit die Durchführung derselben in der Praxis möglich gewesen sei und wirklich stattgefunden habe. Die Juristen konnten es wohl als ausgemachte Sache ansehen, dass es beim interdictum uti possidetis auf den gegenwärtigen fehlerfreien Besitz, beim interdictum unde vi auf die gewaltsame Vertreibung ankomme, was half das der Praxis, wenn sie bei den zur Verhandlung kommenden Besitzklagen sich nicht von vorneherein Rechenschaft gab, welches Rechtsmittel angestellt sei? Und das war eben der Fall: die Voraussetzungen der Interdicte wurden in der Praxis keineswegs respectiert, es existierte factisch nur Eine Besitzklage, welche weder interdictum uti possidetis, noch interdictum unde vi hiess und auch weder das eine noch das andre war. Schon die erwähnte Urkunde von 1197 beweist das; ein noch deutlicheres Bild giebt eine Urkunde von 1148 bei Muratori, Ant. It. IV, 29. Die Klage wird hier so formuliert:

> Abbatissa conquerebatur, quod vicini (Beklagte) presbyterum suum (abbatissae) violenter et injuste expulerant.

Die Begründung des Petitums auf Restitution lautet aber so:

Abbatissa dicebat, quod in ipsa ecclesia Joannem clericum posuerat atque de ipsa ecclesia ipsiusque ecclesie beneficio illum investiverat; insuper presbyterum Albertum de eadem ecclesia et eius beneficio similiter investiverat, et ideo possessionem, quam tempore presbyteri Lanfranci aliorumque sacerdotum antecessorum eius habuerat, se continuasse dicebat.

Ich wäre wohl nicht der Einzige, der in Verlegenheit käme, wenn er die Frage beantworten müsste, ob hier interdictum Uti Possidetis oder interdictum Unde Vi vorliege. Denn das Petitum weist auf dieses, die Begründung (Geschichtserzählung) auf jenes. Und wenn dergestalt die Praxis sich nicht um die Theorie kümmerte, wenn sie Störung und Dejection zusammenwarf, was nützten die allercorrectesten Glossen zum Corpus Juris? Und wo liegt schliesslich das wirkliche Recht des Mittelalters, in den Schriften der Bologneser Juristen oder in der Uebung des täglichen Lebens? Wir berühren hier eine Einseitigkeit der Untersuchungen von Bruns, die seinen Arbeiten über den Besitz nur halbe Wahrheit verleiht. Er giebt keine Darstellung des Rechts des Besitzes im Mittelalter, sondern nur eine solche der wissenschaftlichen Theorie. Hätte er die Quellen der Praxis auch in den Kreis seiner Betrachtung gezogen, so hätte er den Widerstreit zwischen Doctrin und Praxis nicht übersehen können. Da dieser Widerstreit nun einmal vorhanden ist, so wird sich die Wagschale zu Gunsten des Einflusses deutschen Rechts nur um so tiefer neigen müssen, je beharrlicher man an der Ansicht festhält, dass die Wissenschaft wenigstens durchaus römisch gesinnt gewesen sei. Denn woher kann dann die Praxis ihr unrömisches Wesen gehabt haben? Doch wahrlich nicht von der Wissenschaft, die römisch geblieben ist; und die Abweichungen der Praxis vom römischen Recht sind auch in der That bedeutendere als nur solche, die sich aus einer etwas starken Betonung und Ausbeutung der Ansicht des Trebatius herleiten liessen. Zudem ist der Zu-

sammenhang dieser Besitzprocesse des 12. Jahrhunderts mit denen der frühern Zeit, für welche an einen Einfluss des römischen Rechts noch gar nicht zu denken ist, zu sichtbar und damit die Continuität der germanischen Rechtsentwicklung zu deutlich hergestellt, als dass man Alles nur dem römischen Recht unterstellen könnte. War und blieb aber die Praxis deutsch, so musste nothwendigerweise über kurz oder lang ein unvermeidlicher Rückschlag auf die Doctrin erfolgen, und wenn wir daher in der That seit dem 13. und 14. Jahrhundert Grundsätze, wie sie schon in der Urkunde von 1148 und andern gleichzeitigen Besitzprocessen, also zu einer Zeit der ersten Regungen des römischen Rechts, befolgt sind, auch in der Doctrin Anerkennung finden sehen, so kann es kaum mehr blose Vermuthung genannt werden, wenn man annimmt, die Theorie habe sie nicht aus einer überdiess noch zu weit gehenden Deduction aus dem römischen Recht selbständig entwickelt, sondern sie habe sich der deutsch gebliebenen Praxis gebeugt und ihre Sätze so gut als möglich in ihr römisches System verflochten.

Soll der neue Zustand mit wenigen Worten bezeichnet werden, so besteht er äusserlich, theoretisch in der Reception des römischen Rechts und seiner interdicta retinendae und recuperandae possessionis (Uti Possidetis und Unde Vi), factisch aber in einer Fortbildung der germanischen Grundsätze über Feststellung des Besitzstands in einer durch die Verhältnisse empfohlenen einseitigen Hervorkehrung der Frage des ältern Besitzes, mit ausgedehnter Unterwerfung der Dejectionsfälle unter dieses Verfahren, und als Folge davon einer Verkümmerung der bei Besitzentsetzung üblich gewesenen Procedur.

Während sich diese Umwandlung auf dem Boden des weltlichen Rechts vollzog, erwuchs in der canonistischen Doctrin auf Grund des Canon Redintegranda die Spolienklage. So viel ich sehe, ist jetzt die Ansicht, dass dadurch die verschiedenen im römischen Recht zum Schutz des wider-

rechtlich verlorenen Besitzes gegebenen Klagen sollten verschmolzen werden (Maassen, Jahrbuch des gem. D. R. III, bes. S. 239), allgemein angenommen. Jedesfalls sollten die Voraussetzungen des interdictum unde vi erweitert werden, und in den zwei Hauptpuncten, welche die Spolienklage vor diesem letztern auszeichnen, der Ersetzung der vis durch injusta possessio und der Zulassung der Klage auch gegen dritte Besitzer ausser dem Dejicienten, hatte die Neuerung ihren guten Sinn und enthielt, wie Ihering (Beiträge) ausführt, wesentliche Verbesserungen gegenüber dem römischen remedium recuperandae possessionis. Was uns hier aber ausschliesslich näher angeht, ist der Umstand, dass mit der Zeit auch in die Spolienklage der Satz eingeschwärzt wurde, Kläger habe nur den älteren Besitz zu beweisen und dann werde die injustitia des Beklagten präsumiert bis auf Nachweis des Gegentheils. Darauf gestützt, erklärt Delbrück auch die Spolienklage für die dingliche Klage des deutschen Rechts. Dem kann nun hier so wenig wie beim possessorium (ordinarium) beigestimmt werden, aus denselben Gründen. Ausserdem ist auch nicht einmal ein directer Anknüpfungspunct an das altdeutsche Besitzverfahren bei Entstehung der Spolienklage ersichtlich. Zwar liesse sich zur Noth noch erklären, dass eine und dieselbe Klage unter der Hand verschiedener und ohne Rücksicht auf einander arbeitender Rechtsorgane eine andere Gestalt und andern Namen erhalten hätte, und wie wenig Anfangs noch weltliche und kirchliche Gesetzgebung und Rechtswissenschaft sich um einander kümmerten, beweist das Beispiel des Roffredus (Bruns, S. 125). Aber diese „über die Grenze eines natürlichen Systems des Besitzschutzes weit hinausgehende" (Bruns, S. 228) Neuerung bei der Spolienklage ist ihr ursprünglich fremd gewesen und erst seit dem 14. Jahrhundert bei ihr zur Verwendung gekommen, also zu einer Zeit, wo die Spolienklage nicht mehr Sondergut der canonistischen Doctrin, sondern schon von der weltlichen Literatur und Praxis adoptiert war. Wie kam man

nun aber dazu, den für Spoliationsklagen ganz abnormen Satz, welcher vom Beweis der Spoliation befreite, auch diesem remedium ex C. Redintegranda anzueignen? Es ist kaum denkbar, dass sich die Theorie des 14. Jahrhunderts so übereinstimmend und so rasch auf Grund von ein paar Worten des Innocenz diesem heillosen Satz befreundet hätte, und noch weniger dass die Praxis ihn so widerstandslos hingenommen hätte, wenn nicht der Boden dafür schon anderweitig wäre vorbereitet gewesen. Dieses Letztere war nun allerdings in sofern der Fall, als bei den zahlreichen Dejectionsfällen, die unter der Form des interdictum uti possidetis zur Verhandlung gebracht wurden, der Kläger blos seinen älteren Besitz darzuthun hatte, und je schwankender factisch die Scheidung von Turbation und Dejection war, desto leichter konnte man veranlasst werden, auch bei der Spolienklage vom Kläger nur den Beweis des älteren Besitzes zu verlangen, wobei man dann die bei dem interdictum Uti Possidetis daraus gefolgerte Präsumtion der Fortdauer des Besitzes in die des unrechtmässigen Besitzerwerbs Seitens des Beklagten änderte. An solchen Einfluss des nicht mehr rein gebliebenen, sondern durch Hereinziehung der Dejectionsfälle der Spolienklage genäherten interdictum retinendae possessionis darf man um so eher denken, wenn man sieht, wie früh schon beide Rechtsmittel mit einander verwechselt oder doch als dem gleichen Ziele dienend angesehen wurden. Wir erinnern uns, wie schon im 12. Jahrhundert bei offenbarer, vom Kläger selbst zugegebener gewaltsamer Dejection die Untersuchung auf den älteren Besitz gerichtet wurde. Die Praxis war somit nicht klar über den Unterschied der remedia retinendae und recuperandae und wendete getrost das Verfahren, das sie bisher bei Dejection befolgt hatte, auch unter dem neuen Rechtsmittel ex Can. Redintegranda an, und die Doctrin gab ihr eben auch hierin nach. Delbrück S. 252 f. giebt in der That bezeichnende Belege dafür, wie ungeniert die Wissenschaft das interdictum uti

possidetis aus Quellen begründete, die von der Spolienklage sprachen, und umgekehrt diese aus Quellen, die von jenem handelten. Und die in der Folge aufkommende und besonders von Menocchi in seinen Tractaten de retin. et recup. poss. cultivierte Theorie, der des Naturalbesitzes Entsetzte behalte seines Civilbesitzes wegen das interdictum uti possidetis, welches sich aber in Bezug auf den Naturalbesitz als recuperatorisches Rechtsmittel darstelle (recuperandae possessionis naturam respectu naturalis habere), diese Theorie mochte allerdings von Menocchi so gemeint sein, wie Bruns (Jahrb. IV, S. 52) angiebt, aber ebenso leicht verführte sie Andre zu der Meinung, Uti Possidetis und Spolienklage seien im Grunde dasselbe.

So hatten denn Doctrin und Praxis des italiänischen Mittelalters zwei Rechtsmittel zum Schutz des Besitzes gebildet, welche weder den römischen interdicta Uti Possidetis und Unde Vi, noch dem deutschrechtlichen Verfahren bei zweifelhaftem Besitzstand und Dejection entsprachen. Auf welchem Wege diese seltsame Verquickung römischer und deutscher Ideen zu einem neuen Dritten zu Stande kam, habe ich eben anzudeuten versucht. Aber wie diese Mischung von Anfang an ihrer Herkunft nach unklar war, so führte sie auch in der Folge zu immer neuen Unsicherheiten. Ich zähle hieher besonders die Versuche, beim interdictum Uti Possidetis über die Grenzen der stricten Besitzfrage hinauszugehen. Es ist bekannt, dass in der Glosse die Ansicht vorkommt, auch gegen Besitzklagen sei die exceptio dominii zulässig. Beruft sich nun auch die Glossa ad l. 37, D. de jud. 5, 1 hiefür auf l. 8, pr. de doli exc. (dolo facit qui petit quod redditurus est), so erscheint das als eine windige Stütze; natürlicher scheint mir, dass diese Stelle nur die äusserliche Autorität des römischen Rechts herleihen musste, um deutschrechtliche Einflüsse zu rechtfertigen. Das deutsche Recht hat ja die Trennung von possessorium und petitorium nicht gekannt und in fränkischer Zeit, wie wir sahen, petitorische Einreden in der Vorverhandlung über den Besitz zugelassen

und anticipando erledigt. Diese eigenthümlich beschränkte und bisweilen zurückgedrängte Stellung der altdeutschen Besitzverhandlung mögen die Glossatoren im Auge gehabt haben, wenn sie die Möglichkeit der Cumulation von possessorium und petitorium ventilieren. Denn noch zu ihrer Zeit war dieses Verfahren aus der italiänischen Praxis keineswegs verdrängt, wie die oben angeführten Urkunden (Muratori, Ant. It. I, 159, Chart. II, No. 1658) zeigen. Im Ganzen aber ist doch die Theorie und selbst die Praxis dieser Cumulation nicht mehr günstig. In dem erwähnten Rechtsfall von 1148 (Muratori, Ant. It. IV, 29) brachte Beklagter gegenüber der Beschuldigung der Dejection eine petitorische Einrede vor, aber es wurde auf Trennung erkannt und die Besitzfrage gesondert behandelt:

> Abbatissa (Klägerinn) conquerebatur, quod vicini presbyterum suum Albertum, quem in ecclesia S. Marie posuerat et ordinaverat, violenter et injuste expulerant. Econtra vicini dicebant, ecclesiam b. Marie monasterio non pertinere, sed ecclesiae sacerdotis electionem ad se de jure et ex longa consuetudine pertinere. Inde alia quaestio orta est: scilicet que pars petitoris honere, aut que possessoris commodo in hac causa fungi debeat. Abbatissa dicebat, quod Johannem clericum et presbyterum Albertum in ecclesia posuerat, et ideo possessionem, quam tempore presbyteri Lanfranci habuerat, se continuasse dicebat. Nach längerer Verhandlung über die Frage, wer älteren Besitz habe, wird dem Kläger der Besitz zugesprochen salva questione principalis cause.

In einem Rechtsstreit von 1179 (Chart. I, No. 573) wird ebenfalls darauf gedrungen, dass vorerst die Besitzfrage erledigt werde: possessionem primum sibi restitui postulabant, quoniam de possessione ejecerant[1]). Ebenso verhält es sich

[1]) Freilich wurde dann doch nicht separat verhandelt und ebenso über Besitz und Recht durch Einen Spruch entschieden.

in Processen vor geistlichen Richtern, z. B. Chart. II, No. 1595, Odorici, VI, p. 118 (a°. 1149). Nicht minder weisen die Statuten eine Abneigung gegen die Vermischung von Petitorium und Possessorium auf, z. B.

Stat. Placent. 371: Statuimus, quod nullus occupator, invasor vel turbator rei immobilis possit referre adversario aliquam quaestionem de dominio.

Dennoch aber taucht die Ansicht von Zulässigkeit der exceptio dominii durch das ganze Mittelalter bei diesem und jenem Juristen wieder auf und noch Menocchi beschäftigt sich einlässlich mit ihr. Daneben spielen dann Versuche, dem Titel des Besitzes Gewicht für die Entscheidung der Besitzfrage beizulegen, einerseits so, dass der Verklagte zum Beweis des titulierten Erwerbes seines Besitzes verstattet wird, andrerseits so, dass dem Kläger der Beweis des Titels obliegt. Was den erstern Punct betrifft, so handelt es sich dabei allerdings, wie Bruns (Jahrb. IV, S. 71) mit Recht bemerkt, nicht um eine eigentliche Einrede. Mir scheint darin nur eine Schärfung der Voraussetzungen des Interdicts zu liegen: während nämlich nach der Angabe des Roffredus (Bruns, S. 118) der Beklagte, um das Durchschlagen des älteren Besitzes des Klägers zu vereiteln, nur den Beweis des fehlerfreien Besitzes führen konnte (qualiter possideas sine vitio), wurde später dieser Beweis auf den Titel gerichtet, da ja allerdings die Fehlerfreiheit am einfachsten und leichtesten durch Nachweis titulierten Erwerbs constatiert wird. Zieht man aber in Betracht, dass die Klage nicht blos gegen den angeblichen Störer oder Dejicienten, sondern auch gegen dritte Besitzer zulässig war, und also behufs Nachweises des Titels von Autor zu Autor konnte zurückgegangen werden, so ist damit von selbst gegeben, wie leicht alles Mögliche ausser der Besitzfrage noch zur Verhandlung kommen konnte. Seltsamer ist der zweite Punct: der Kläger muss den Titel beweisen in Fällen, wo untitulierter Besitz nicht möglich ist, wie z. B. wenn ein Laie ein Zehntrecht

zu besitzen behauptet, oder ein Abt bischöfliche Rechte, Menochius, de retin. poss. remed. III, No. 588. Dazu kamen dann noch die Unterschiede von Beweis und blosem Colorieren des Besitztitels. Durch alle diese von der Doctrin ausgesponnenen Möglichkeiten und Unmöglichkeiten wurde der Besitzprocess seines einfachen Characters entkleidet und die Theorie des possessorium mixtum, possessorium quod admixtam causam dominii habet, vorbereitet.

Jedesfalls musste sich bei dieser Sachlage die Wahrnehmung aufdrängen, dass der eigentliche Zweck der Besitzklagen nicht mehr erreicht werde, oder, practisch betrachtet, dass für das mit fremden Elementen vermischte possessorium eine neue Voruntersuchung über die reine Besitzfrage Bedürfniss sei. Das war der Anlass zum summariissimum, dessen Anfänge gerade dann auftauchen, als das possessorium durch seine Schwerfälligkeit fühlbar wird. Aus einer Incidentverfügung des possessorium, aus der portio interdicti Uti Possidetis, erhob sich das summariissimum zu einem separatum judicium Behufs Feststellung des Besitzstands für das possessorium (ordinarium). Wie dann die deutsche Theorie der spätern Zeit das summariissimum geradezu zum Besitzprocess und das possessorium ordinarium zu einer Art Publiciana erhoben hat, ist hier nicht der Platz zu erörtern.

3. Der Besitzerwerb des Erben sofort durch den Tod des Erblassers schien Anfangs zu einem ähnlichen Conflict zwischen Theorie und Praxis führen zu wollen, wie er hie und da bei Behandlung der Besitzklagen hervorgetreten ist. Innocenz im Commentar zu c. 8 X. de probat. 2, 19 macht namhaft, dass der Besitz der Erbschaftssachen nicht ipso jure auf den Erben übergehe, aber der Erbe dürfe sich von sich aus in deren Besitz setzen und werde dann gegenüber dritten Erbansprechern im Besitz geschützt. Dem entgegen haben die italiänischen Statuten von jeher die Erbschaftsgewere des germanischen Rechts in vollem Umfang festge-

halten, wofür folgende Beispiele aus älteren Stadtrechtsaufzeichnungen mögen hervorgehoben werden:

Stat. Mutine, p. 318: Filii et heredes intelligantur ipso jure possidere bona defuncti, que defunctus tenebat tempore mortis, ac si statim eo mortuo corporalem heres apprendisset possessionem bonorum.

Stat. Veronae, p. 38: Possessio bonorum defunctae personae, quam habebat tempore mortis, conjunctim transeat ad heredes de jure secundum ordinem successionis ipso jure, quamvis non fuerit adprehensa.

cfr. Stat. Pis. II, p. 795. Stat. Veneta, III, c. 35. Delbrück, dingl. Klage, S. 295.

Die italiänische Jurisprudenz hat sich auch auf die Länge diesem Rechtssatze nicht entziehen können; indem sie ihn auf Grund der Statuten acceptierte, hat sie der Erbschaftsgewere den Namen der possessio civilissima gegeben. Die deutschen Schriftsteller des 16. bis 18. Jahrhunderts behandeln es als eine ganz feststehende Thatsache, dass in Italien der Besitz der Erbschaftssachen ipso jure auf den Erben übergehe, z. B. Stryk, usus modernus Pand. ad tit. de acq. poss. § 6: De Gallia et Italia res certa est, quod ibi heres possessionem ipso jure consequatur, juxta dicterium: le mort saisit le vif, id est defunctus viventem possessorem facit.

4. Ueber den Besitz an Rechten hat schon Bruns, § 13, 24 ff. 29 einlässlich gehandelt; es geht daraus klar hervor, wie bedeutend hier der germanische Einfluss war. Ich will mich, um diesen Theil meiner Arbeit nicht zu sehr anschwellen zu lassen, mit der Hinweisung darauf begnügen, immerhin unter dem Vorbehalt, dass der Widerspruch, den ich in § 21 gegen Bruns' Auffassung von dem deutschrechtlichen Rechtsbesitz erhoben habe, auch hier seine Anwendbarkeit behält, woraus unter Anderm folgt, dass bei der völligen Gleichstellung der Sachen und Rechte hinsichtlich des Besitzschutzes auch die Verwendung der mittelalterlichen Besitzklagen beim Rechtsbesitz sich von selbst verstand und Bruns

§ 26 mehr Schwierigkeiten findet als in Wirklichkeit bestanden.

Blicken wir auf die Besitztheorie des italiänischen Mittelalters zurück, so empfangen wir von ihr keineswegs den Eindruck einer harmonischen systematischen Ausbildung. Die Doctrin ist von der Praxis beeinflusst ohne Bewusstsein und beide sind umhergeworfen in einem Gewirre von Missverständnissen und Unklarheiten. Nicht leicht ein anderes Gebiet des Rechts ist der mittelalterlichen Jurisprudenz so sehr zum Labyrinth geworden wie die Besitztheorie. Darum ist sie auch seit der Glossatorenzeit in Verruf und Niemand fühlt sich in ihr heimisch (Bruns, S. 103). Es war die nothwendige Folge der ungebührlichen Missachtung des germanischen Rechts, das lebensfähig genug war, um sich auf diese empfindliche Weise zu rächen.

Zweites Capitel.

Spanien.

§ 25. Im Allgemeinen.

Man kann sagen, dass Spanien einen weit empfänglicheren Boden für das römische Recht als selbst Italien geboten hat. Denn Italien war mehr als Spanien, das im Grunde ein rein deutsches Recht nie bei sich gesehen hat, in die germanischen Rechtszustände hinein gezogen worden. Schon die lex Visigothorum ist kaum mehr ein germanisches Recht zu nennen, sondern eine Mischung römischer und deutscher Rechtsanschauungen unter starker Benutzung der römischen Literatur. Schon oben (S. 78, Note 1) ist gelegentlich ein Beispiel angeführt worden, wie leicht unter äusserlicher Festhaltung der germanischen Formen das innere Wesen des römischen Processrechts sich geltend machte. Es liesse sich hierüber noch Manches beibringen. Aber diese günstige Position gieng den Spaniern dadurch verloren, dass sie es nicht zu einer selbständigen Jurisprudenz brachten, sondern

von der italiänischen Wissenschaft völlig abhängig wurden. Schon das Gesetzbuch von Alfons X (1252—1284), die Siete Partidas, ist keineswegs Ausdruck des reinen römischen Rechts, sondern beruht auf der durch die Glossatoren vermittelten Kenntniss von demselben und nimmt daher alle die schiefen Auffassungen in der Besitztheorie auf, welche den italiänischen Juristen das Verständniss der römischen possessio so sehr erschwert, ja unmöglich gemacht haben. Ebenso sind die späteren spanischen Juristen nicht zu einer selbständigen Begründung der Besitztheorie aus den Quellen des römischen Rechts gelangt, sondern stehen durchweg auf dem Boden der Italiäner, deren Auffassung sie zu der ihrigen machen. Wir finden daher auch in Spanien dasselbe Schwanken wie in Italien hinsichtlich aller der Fragen, bei denen sie unbewusst auf deutschrechtliche Ueberbleibsel gestossen sind, welche sie so gut als möglich unter die römischen Sätze zu subsumieren und durch sie zu begründen suchen. Um nicht das schon in § 24 Gesagte hier nochmals auszuführen, kann ich mich mit wenigen Hinweisungen begnügen, wozu ich um so mehr genöthigt bin, als mir wesentliche Werke des bezüglichen Rechtsgebiets unzugänglich geblieben sind.

Die verschiedenen Perioden der spanischen Rechtsbildung sind das getreue Spiegelbild des jeweiligen Standes der italiänischen Jurisprudenz. Die Siete Partidas entsprechen der Glosse: schon die von Bruns S. 344 f. mitgetheilten Stellen aus diesem Gesetzbuch über Civil- und Naturalbesitz des Ober- und des Untereigenthümers (Feudatars, Emphyteuta) weisen eine Parallele auf. Hinsichtlich des Besitzschutzes wird ein Unterschied zwischen possessorium retinendae und recuperandae possessionis nicht gemacht, dagegen die Ausdehnung der Besitzklage gegen jeden Besitzer aufgenommen. Alles ist nur eine unselbständige Herübernahme der neuesten Resultate, welche die romanistische und die canonistische Doctrin jeweilen festgestellt haben.

Die Juristen des 16. Jahrhunderts schwören auf die

italiänischen Commentatoren des spätern Mittelalters, namentlich gilt auch ihnen Bartolus als die Autorität ersten Rangs. Covarruvias in seiner Abhandlung de Regula Possessor malae fidei 2 reproduciert einfach die oben § 24 mitgetheilte Stelle des Bartolus über civilis und naturalis possessio in ihrem ersten Bestandtheil, d. h. die Definition als possessio apta producere civiles effectus respectu veri dominii, beziehungsweise respectu alicuius iuris a vero dominio separati. Einen Fortschritt gegenüber Bartolus bekundet er aber in der Fortsetzung. Während Bartolus nämlich den Usufructuar mit dem Vasallen und Erbzinsmann auf gleiche Linie stellt, giebt Covarruvias nur den beiden letztern eine naturalis possessio, und zwar darum, weil per hanc utile dominium praescribitur; der Usufructuar dagegen habe eine solche naturalis possessio nicht, cum ipse non praescribat per illam dominium verum nec jus ususfructus, sed per civilem quasipossessionem illius iuris. Was also Bartolus nicht vermocht hat, das hat Covarruvias in Betreff des Ususfructs erreicht: die Uebereinstimmung mit dem römischen Recht in dem Satze, dass der Usufructuar keinen Naturalbesitz an der Sache habe, sondern Civilbesitz an dem Rechte. Der Naturalbesitz an der Sache selbst blieb ihm nur bestehen in den Fällen, wo man von dominium utile sprach. Aber auch in Bezug hierauf mussten dem romanistisch geschulten Juristen, der die Unterscheidung von dominium directum und utile nur als äusserliche Rubrik ansehen konnte, Zweifel entstehen. Warum, fragt er sich, nimmt man im Grunde nicht auch bei dem Lehns- und Zinsmann blos einen Besitz an ihrem vom Eigenthum abgelösten Rechte an? und so gelangt er schliesslich zu dem Ergebniss, dass auch diese dem Usufructuar gleichzustellen seien.

> Profecto non video, qua ratione possit usufructuarius distingui in his possessionibus ab emphyteuta, feudatario et similibus, qui jus habent segregatum a vero dominio, praesertim quod juxta opinionem Ro-

> gerii etiam emphyteuta et similes habent quandam possessionem civilem respectu illius juris a dominio vero distincti quamobrem in usufructuario, emphyteuta et feudatario facilioris doctrinae causa forsan magis congruit constituere quandam quasipossessionem, quae est sufficiens ad praescriptionem illius juris a vero dominio separati.

Wie Covarruvias diese Rückkehr zum reinen römischen Recht nur schüchtern und nur facilioris doctrinae causa, nicht aus innerer Nothwendigkeit rechtfertigt, so sehen die andern spanischen Juristen auch keineswegs klar in dieser Sache. Der Grund ist der, dass sie durchweg von der Definition der possessio als einer detentio rei cum animo sibi habendi ausgehen, quod non significat animum dominandi, qui non est de substantia possessionis, cum nihil commune habeat cum proprietate, sed contentum est, ut quis sibi detineat, non alii. Von dieser Betrachtung aus ist Fern. de Retes (de acq. vel am. poss. part. I, c. 4, § 6, bei Meerman, Thesaurus, VII, p. 470) sogar dahin gelangt, nur dem Vasallen und Emphyteuta u. dgl. den Besitz zuzuerkennen, nicht aber dem Eigenthümer:

> Locatio ad longum tempus facta vel emphyteusis aut concessio superficiei transfert veram possessionem in conductorem, emphyteuticarium aut superficiarium vel vasallum. Ratio est facilis, quia huiusmodi concessiones transferunt jus reale sive in rem etiam contra tertium, unde sibi habent et non alii, et idcirco proprie et absolute possident. Isti modi acquirendi sunt afferre dominium bonitarium aut secundum alios dominium utile, vel jus cum perpetua causa fruendi et quadantenus alienandi in re. Statuendum est, hos omnes possidere rem, concedentem vero non possidere.

Hier wird der Besitz allerdings nur dem ad longum tempus Beliehenen zugesprochen, obschon das obige Requisit

ut quis sibi detineat nicht gerade nothwendig das bedingt. Darum ist auch die darauf basierte verschiedene Behandlung des Usufructuars und des Vasallen, resp. Erbzinsmanns nicht sehr einleuchtend:

> cap. 4, § 11: Cum fructuarius ratione sui ususfructus ad persequendam rem contra tertium habet jus, non indiget rem ipsam possidere; per contrarium emphyteuta, superficiarius et vasallus habent jus perpetuum in re, quod utile vel bonitarium dominium appellatur, quare ex titulo perpetuo tenent, possidentque illam sibi et suo nomine, quia jus illud mancum esset sine commodo possessionis ad praescriptiones et ad alios effectus.

Die Besitzklagen werden in italiänischer Weise abgehandelt, obschon ein heftiger Angriff auf die Spolienklage von Sarmiento ausgieng, worüber Bruns S. 348 und Delbrück S. 169 nachzusehen ist. Der Angriff musste erfolglos bleiben, weil er mit zu wenig Kenntniss von dem historischen Grunde dieser Klage und ihrem Verhältniss zu dem römischen Interdictensystem unternommen wurde, in welcher Beziehung sich freilich bei Giphanius die treffende Bemerkung findet, die Spolienklage sei nur das interdictum unde vi, und habe bewirkt, dass dieses foro ut ita dicam cesserit (Delbrück S. 170). Dass der Besitz der Rechte ferner nach italiänischem Vorbild behandelt wurde, hat ebenfalls Bruns S. 351 hervorgehoben. Es bleibt also von jenen vier in § 24 namhaft gemachten Puncten, wo das deutsche Recht sich Einfluss bewahrte, noch die Erbschaftsgewere. Hierüber soll der folgende Paragraph noch einige Mittheilungen geben.

§ 26. Insbesondere die Erbschaftsgewere.

Wie in den italiänischen Statuten, so ist auch in dem spanischen Recht die, den Römern fremde, germanische Anschauung herrschend geblieben, dass der Erbe unmittelbar durch den Tod des Erblassers den Besitz an den im Nach-

lass befindlichen Gütern erwirbt, und zwar gemäss ausdrücklicher königlicher Sanction der lex Tauri (Ferdinands des Katholischen) 45 in der Anwendung auf den Besitzübergang auf den Majoratserben. Das war nun für die Juristen des 16. und 17. Jahrhunderts kein kleines Kreuz. Dass dieser Rechtssatz bestehe, konnten sie nicht übersehen, aber mit allem Scharfsinn vermochten sie nicht ihn irgendwo unter ein römisches Princip unterzubringen. Daher bequemen sie sich dazu, ihn als bestehend anzuerkennen, ohne die Verlegenheit zu verbergen, wie sie ihn erklären und rechtfertigen sollen. Statt vieler Citate sei hier auf Covarruvias hingewiesen, der an mehreren Stellen seiner Werke diesen Punct berührt. Man vergleiche etwa bei ihm:

> tom. II, lib. 3, c. 5 de maioratu: lege 45 Taurina sancitum est, mortuo possessore maioratus statim possessionem omnium rerum ad primogenium id pertinentium transire absque aliqua vera vel ficta apprehensione in ipsum proximiorem agnatum. Atque ibi appellatur haec possessio legis auctoritate translata, civilis et naturalis. Die Frage, ob das Gesetz mit Recht habe aufstellen können, civilem et naturalem possessionem in successorem transferri absque aliquo actu apprehensionis, bejaht er, weil das Gesetz gar wohl aliam formam adquisitionis iuducere könne als die durch körperliche Ergreifung. So gut als das römische Recht Besitzergreifung per actum fictum zulasse, so gut könne das Gesetz ex justis causis feststellen, dass Besitz übergehe absque aliquo actu vero nec ficto. Ex quibus Regia Constitutio defenditur, item et Gallorum consuetudo.

Mit dieser naiven Auskunft, das Gesetz könne machen was es wolle, behelfen sich auch die Andern.

> Retes, de acq. poss. part. II, c. 2, § 8: fatemur, posse statuta disponere circa effectus possessionis, perinde acsi apprehensa fuisset . . . quare jus potest

tribuere effectus possessoris ei qui vere et realiter non possidet. Daher Statuta Europae disponunt, mortuo auctore possessionem transire in quemcunque heredem ipso jure sine facto apprehensionis. Idem dicendum est de l. 45 Tauri.

Ramos del Manzano (ad tit. de acq. poss. pars II, c. 2, § 10 in fine, bei Meerman, Thesaurus, VII, p. 102) knüpft an das französische Recht an: wie in Frankreich le mort saisit les vifs, ita apud nos civilis naturalisque possessio bonorum maioratus mortuo ultimo possessore transfertur in sequentem successorem ipso jure sine apprehensione ex lege 45 Tauri. Das Rechtsmittel, womit der Majoratserbe diesen Besitz geltend macht, heisst tenuta:

Ramos, l. c. p. 108: Tenuta adipiscendae seu retinendae possessionis remedium, pro consequenda corporali detentione seu possessione et pro tuenda civilissima illa possessione bonorum majoratus, quae in eius successorem sequentem mortuo ultimo possessore transfertur ex Regia l. 45 Tauri.

Besonders lehrreich ist über diesen Gegenstand ein im Anfang des 17. Jahrhunderts geschriebenes, aber erst 1671 zu Lyon gedrucktes Werk:

D. Christophori de Paz, Jcti, Patricii et Decurionis Salmanticensis, Philippi III in Pintiano conventu Consiliarii, et Cantabriae summi magistratus,

de Tenuta

seu interdicto et remedio possessorio summariissimo tam mero quam mixto super huius regni primigenitis tractatus duo. Lugduni, 1671. fol.

Wir wissen aus dem § 23, dass in Italien seit dem 12. und 13. Jahrhundert tenuta der mit possessio concurrierende Ausdruck für Besitz ist. Nicht anders in Spanien: Tenutae vocabulum ab Italia fuit usurpatum, ut ex Igneo et aliis adnotavit Rebuffus, sagt Paz I, 84. Auf Spanisch heisst das lateinisch-italiänische Wort tenencia, schon Siete Partidas

part. III, tit. 30: perder la posesion ó la tenencia; leg. Tauri 45: possession y tenencia und sehr oft sonst. Und da tenuta hier den deutschrechtlichen Besitz des Erben, die Erbschaftsgewere bezeichnet, so dürfen wir diesen ansehnlichen Folioband von 378 Seiten die (so viel ich weiss) älteste Monographie über die Gewere nennen, wozu wir um so mehr berechtigt sind, als der gute Paz schon alle die Entdeckungen über das Wesen der Gewere gemacht hat, welche unsre heutigen Germanisten sich vindicieren. Es verlohnt sich wohl der Mühe, dieser beinahe beschämenden Wahrnehmung still zu stehen.

Tenutam, beginnt Paz nach einer Vorbemerkung über die Schwierigkeit und Subtilität des Gegenstandes, woran bisher alle Erklärer gescheitert seien, a tenendo dictam puto (I, 2), daher ist sie manutentio, tuitio, nam tuitorium remedium hic datur, cum legalis possessio in eum qui verus successor est, transferatur (I, 23). Et tenutam intendens nihil aliud agit nisi ut a supremo Consilio in actualem tentionem et occupationem illius civilis et naturalis possessionis a lege translatae mittatur (24). Tenutam vero proponens solum de mero facto tractat, quod possessionem corporalem et actualem respicit (31), mithin: per tenutam naturalem tantum possessionem nanciscimur, quae plurimum facti habet magis quam iuris (61). Indessen: re diligenter perpensa, non dubito, tenutae significationem et effectum longe diversum esse ab illa possessione naturali, cuius jus commune meminit (64). T e n u t a i n s e j u s c o n t i n e t, u t s a l t e m j u s t i t i a e c o l o r e m, quo caret ipsa naturalis possessio. Considero itaque dici posse, t e n u t a m secundum legem Regni n e c p r o p r i e e s s e p o s s e s s i o n e m n a t u r a l e m, n e c p r o p r i e c i v i l e m, de utraque tamen participare et ab utraque componi (68). Vel rursus considero, t e n u t a m e s s e q u a n d a m p o s s e s s i o n e m n a t u r a l e m c u m a d m i x t i o n e p o s s e s s i o n i s c i v i l i s (69). Videtur itaque tenutam esse m i x t u m q u o d p i a m g e n u s, e s s e q u e v e l u t i t e r t i a m

speciem possessionis (71). Tenuta enim in sui creatione juris est, cum lex possessionem praebeat, in sui autem effectu facti est (81). Daher in hoc tractatu utimur tenutae verbo pro jure possidendi, sicut sesiendi sive saisiendi et saginandi verbis exteri gravissimi et Jurisconsultissimi pro possessionem transferendo utuntur (86). Es mögen diese wenigen Citate aus dem der Curiosität wegen höchst lesenswerthen ersten Capitel des seltsamen Werkes genügen; sie enthalten schon die Quintessenz der nach zwei Jahrhunderten in Deutschland entstandenen Theorien, namentlich denselben Saltomortale von dem Begriffe des Besitzes auf den des Besitzrechts und wieder zurück, mit denselben dabei oft unvermeidlichen Willkürlichkeiten, nur mit dem Unterschiede, dass der Spanier noch mit einem wissenschaftlichen Ernst sein Thema abhandelt, welchen in dieser Lehre zu verlieren die moderne deutsche Wissenschaft in Gefahr gerathen ist.

Aber das Buch von Paz beschäftigt sich keineswegs mit der Gewere (tenuta) in dieser allgemeinen Bedeutung, sondern eben mit der durch die spätere Gesetzgebung (besonders die lex Tauri) festgestellten speciellen Anwendung auf die Erbschaftsgewere. Paz selbst macht die Bemerkung (I, 82), nach den leges Partitarum bedeute Tenuta etwas anderes als nach den spätern, nämlich die missio in possessionem ex primo decreto bonorum rei in jus vocati, qui judicio non superest; also die investitura salva querela, welche ja auch italiänische Statuten des 13. Jahrhunderts als missio in possessionem bezeichnen (S. 296 oben). So wird durch dieses Mittelglied die Verbindung der spanischen tenuta des 16. Jahrhunderts mit der investitura, Gewere des germanischen Rechts, hergestellt. Aber auch die Erbschaftsgewere im Ganzen ist nicht Gegenstand des Buches, sondern nur das aus der consuetudo, quae possessionem ipso jure in haeredem transfert absque apprehensione (IV, 2) hervorgehende Rechtsmittel des Erben, und zwar gemäss lex Tauri (la ley de Toro Ferdinands des Katholischen von 1505) 45

ein dem summariissimum (in Spanien interdictum Interim genannt) parallel gehendes Rechtsmittel zur Feststellung des Besitzstandes während des Possessoriums bei Streit über Majoratsgüter. Das remedium tenutae ist daher gegeben ad maioratus bona consequenda (II, 1), und die Hauptstütze der Ausbildung der bezüglichen Theorie ist die erwähnte l. 45 leg. Tauri, quae in verum maioratus successorem possessionem transfert sine actu apprehensionis contra possessionis naturam, quae numquam acquiritur absque apprehensione. Ad tenenda igitur haec bona vinculo subjecta, donec plene declaretur super possessione et proprietate, tenutae remedium introductum est, sumpsitque originem a l. 9 tit. 7 lib. 5 Compil. (II, 9 u. 10). Bestimmter bezeichnet dies Paz in Cap. V, 1 u. 2: Tenuta instituta ad hoc, ut verus successor maioratus bona iudiciali auctoritate detineret, donec plene in possessorio et petitorio causa examinaretur. Nam quamvis ex legis 45 Tauri decisione possessio civilis et naturalis sine actu corporeo transferatur in sequentem in gradu, qui ex maioratus dispositione succedere debeat, et haec sit vera possessio et non ficta (ut nonnulli falso autumant), ad cognitionem tamen successoris voluit praedicta lex summarium tantum judicium experiri, et cum hac brevissima causae cognitione in possessionem seu occupationem et detentionem bonorum maioratus verum successorem mittere.

Es zeigen sich in allen Einzelheiten dieses Rechtsmittels die unverkennbaren Anklänge an die germanischen Rechtsgedanken, denen es seinen Ursprung verdankt, und oft auffallende Aehnlichkeiten mit der normannischen und altfranzösischen Querel de antecessoris saisina. Gelegentlich des Satzes, dass es innert sechs Monaten seit des Erblassers Tod anzustellen sei (XVI, 1: Actio tenutae intra sex menses a die mortis ultimi possessoris atque occupationis factae ab illo, qui contendit se esse majoratus successorem, proponenda est), macht Paz die Bemerkung (XVII, 14): eandem apud Gallos observationem esse, ut haeredi ipso jure deferatur

possessio absque apprehensione; si tamen ab alio occupata sit, haeres intra annum (sicut apud nos intra sex menses) interdictum possessorium contra occupatorem proponere debeat. Auch sonst erweist sich der Verfasser als bekannt mit dem französischen Recht. Aber wie damals auch die französischen Juristen, zumal Tiraquellus, den Paz beständig citiert, keinen Einblick mehr in die germanische Herkunft ihres Besitzprocesses hatten, so weiss auch Paz nichts davon, vielmehr giebt er sich die grösste Mühe, die actio tenutae dem römischen Recht so gut als möglich anzupassen, und untersucht des Langen und Breiten ihr Verhältniss zum Edictum divi Hadriani und zum Carbonianum u. dgl. Weit interessanter sind die Untersuchungen des Verfassers über die Qualification des Klägers hinsichtlich seines Anspruchs an das Majorat (cap. XXXIII, s.), über die clausula testamenti regis Henrici II (cap. LVII), und andere Fragen specifisch nationalen Rechts. Für uns hat es keinen Zweck, diesen Puncten noch weiter nachzugehen. Wir begnügen uns mit der gefundenen Thatsache, dass das spanische Recht nicht nur gleich dem der andern romanischen Völker die Gewere des Erben gegenüber dem römischen Recht bewahrt, sondern auch ihr in der speciellen Anwendung auf Majorate eine mit allem wissenschaftlichen Scharfsinn, dessen jene Zeit fähig war, ausgestattete Klage gegeben hat.

Drittes Capitel.

Frankreich (England).

§ 27. Die saisine.

Wie die fränkische Zeit uns für deutsches wie für französisches Gebiet dieselben altgermanischen Rechtsanschauungen und Rechtszustände aufweist, so tritt auch noch im Mittelalter die gemeinsame Grundlage als höchst wirksam hervor. Die saisine der Franzosen ist durchaus dasselbe,

was die Gewere der Deutschen, auch sie der auf Nutzung beruhende, durch Nutzung zur Erscheinung kommende Besitz, und wie die Gewere so wird auch die saisine erworben durch Besitzeinweisung und durch Erbgang, letzteres gemäss dem Grundsatz mortuus saisit vivum, le mort saisit le vif son héritier, saisina mortui descendit in vivum. So sind die Grundsätze über Wesen und Begriff, Erwerb und Verlust der Gewere dieselben in Deutschland und Frankreich. Verschieden dagegen ist die Behandlung des Besitzschutzes, und zwar steht hierin, wenn auch in einseitiger Weise, das französische Recht auf einer höheren Stufe der Entwicklung als das deutsche, indem es einen förmlichen Besitzprocess kennt, dem es eine feine Durchbildung gegeben hat. Den ersten Anstoss zu dieser sorgfältigeren Behandlung des Besitzschutzes hat, wie es nun von Brunner, Entstehung der Schwurgerichte, nachgewiesen ist, die Ausbildung der Inquisitionsgewalt des Königs und des Inquisitionsverfahrens gegeben. Während in Deutschland die Schwäche des Königthums das karolingische Inquisitionsrecht des Königs untergehen liess, bildete sich im normannischen und französischen Recht aus ihm jenes grosse Recognitionensystem heraus, dem auch die Besitzprocesse angehören, und das seine Entstehung dem Bedürfnisse verdankt, dem gemeinen Mann die Rechtshilfe zu sichern und ihm hauptsächlich statt des dem grossen Grundbesitzer wegen seiner Kostspieligkeit, langen Dauer und Käuflichkeit der Kämpfer vortheilhaften Duellverfahrens einen Ersatz zu geben. Was das deutsche Recht in dieser Zeit noch nicht erreicht, ja nicht einmal aus innerm Drang und Bedürfniss angestrebt hat: Schutz des Besitzes als solchen, unabhängig von der Untersuchung des Rechts an der Sache, das sprechen die französischen Rechtsquellen des 13. Jahrhunderts als bewusstes Ziel der königlichen Gesetzgebung aus, auch das, neben so manchem Andern, ein Beweis dafür, wie viel weiter damals Frankreich in Sicherung des Rechtszustandes war als Deutschland. Dazu wirkte mit die Bekanntschaft mit dem

römischen und dem canonischen Recht, auf welches letztere die spätere Zeit des Mittelalters unverkennbar für die Besitztheorie Rücksicht genommen hat. Bevor wir aber die Entwicklung des Besitzprocesses verfolgen, werfen wir einen übersichtlichen Blick auf die Besitztheorie überhaupt.

Auch in Frankreich fliessen die Quellen des 10. bis 12. Jahrhunderts nicht reichlicher als in Deutschland. Was für diese Zeit mit ziemlicher Genauigkeit kann controliert werden, ist die allmählige Aenderung der Terminologie: die Einschränkung des Wortes investitura auf seinen ursprünglichen Begriff der Besitzeinweisung, während zur Bezeichnung des Besitzes selbst das Wort saisine auftritt. Das 10. Jahrhundert weiss hievon noch fast nichts, die vestitura behauptet hier noch ihre Alleinherrschaft; z. B.

Bouquet, IX, 557 (a⁰. 922): nemo ecclesiae ea, unde vestituram habet, abstrahere praesumat.

ibid. 584 (a⁰. 936): bona, de quibus justam et rationabilem atque legalem vestituram habere videtur.

Histoire de Metz, IV, p. 72 (a⁰. 958): fratres de his omnibus ad praesens ex integro vestiti in manu vel ditione propria habeant.

Calmet, hist. de Lorraine, éd. 1. tom. IV, p. 393 (a⁰. 988): ut dum advixerint ipsam decimationem integre teneant propter vestituram loci.

Im 11. und 12. Jahrhundert wird der Besitz vorzugsweise mit possessio, auch teneura, tenuria, seltener schon saisina bezeichnet, und investitura heisst beinahe ausschliesslich noch die Besitzübertragung, namentlich gern in der Verbindung mit donatio oder traditio, z. B.

Cart. de S. Victor de Marseille, II, No. 662, 672, 673: Haec est donatio sive vestitio de sua hereditate, — de decimis.

Calmet, IV, 444 (a⁰. 1052): donationem et vestituram feci; 483 (a⁰. 1086): ecclesiae traditum et investitum; 500 (a⁰. 1094): vestituram ecclesiae depo-

suimus super altare; XCII: legalis investitura traditionis; CCCXIII (a⁰. 1137): donum et investituram omnium rerum dedi et concessi.

Besonders characteristisch

Martene et Durand, Coll. II, 124 (a⁰. 1146): acceptis sex libris pro investitura possessionis concessimus ei decimationem; ebenda II, 641: post investituram possessionis a judice factam armata manu ecclesiam invaserunt.

Mehr und mehr machen aber die Ausdrücke saisina, saisire der investitura auch auf diesem beschränkten Gebiete Concurrenz, und seit dem 13. Jahrhundert ist investire und devestire gleichbedeutend mit saisire und dessaisire, daher z. B. 1231: de dono predicto saisiri nos fecimus ad opus capellaniae (Varin, archives administr. de Reims, I, No. 117). Das Verhältniss ist schliesslich das, dass die saisine in die Alleinherrschaft eintritt sowohl für Bezeichnung von Besitz als von Besitzergreifung, und von der alten investitura sich nur noch die geringen Reste in dem Ausdruck vest et dévest und der Formel vestir et saisir, vestu et saisi u. dgl. erhalten haben (vergl. z. B. Varin, archives législatives de Reims, tome I, coutumes, p. 711 ss.).

Weniger ergiebig sind die Quellen dieser Zeit für die Besitztheorie selbst. Doch hat es weiter keinen Zweck, die wenigen Zeugnisse aus den Urkunden zusammenzustellen, welche den Beweis liefern, dass der Besitz als Eigenthums-, Lehns-, Pfand-, Zinsleihebesitz vorkommt, dass er durch Einweisung in das Gut[1]) und Erbgang erworben wird, an Rechten wie an Sachen anerkannt ist, u. dgl., denn auch die spätere Zeit hat hieran nichts geändert, und wir werden aus den

[1]) Wie nothwendig die Besitzeinweisung erscheint und wie ungern man ihrer entbehrt, zeigt Martene et Durand, I, 582: Das Kloster St. Victor zu Marseille sollte in den Besitz des Priorats von St. Saturninus eingeführt werden. Aber einige Leute, die es in Besitz genommen haben, treiben die Herannahenden zurück. Darauf führt der Einweiser

Quellen des 13. und 14. Jahrhunderts genug Belege hiefür noch kennen lernen. Bevor wir aber zu diesen übergehen, möchten diejenigen Sätze einer Constatierung für das 10. bis 13. Jahrhundert bedürfen, welche durch die Rechtsentwicklung seit Ludwig dem Heiligen modificiert erscheinen, d. h. die Grundsätze über den Process um liegendes Gut.

Vorerst das Contumacialverfahren gegen den nicht Antwort gebenden Besitzer eines Guts zeigt eine grundsätzliche Uebereinstimmung mit dem des deutschen Rechts. Der Conseil des P. de Fontaines, XXI, 9 beschreibt genau, wie der Richter das Gut arrestiert, und es nach Jahr und Tag, wenn es der Beklagte nicht durch Erbieten zu Recht frei macht, dem Kläger in seinen Besitz überantwortet. Stellt sich der Beklagte innert eines weiteren Termins von Jahr und Tag zur Antwort, so erhält er den Besitz ebenfalls noch zurück, aber ohne die in der Zwischenzeit bezogenen Früchte; stellt er sich nicht, so wird das Gut dem Kläger definitiv zugesprochen (vergl. ebenda, XXI, 10, 12. XXII, 9). Noch treffender zeigen die Uebereinstimmung li livres de jostice et de plet, XIX, 42, § 2: s'il ne viant, l'en metra son aversere en sesine, non mie en vroie, mès por la chose garder. Et s'il ne vient dedanz les trois assisses et dedanz le quarenteine jor, il sera en veroie sesine[1]). Das contradictorische Verfahren sodann kennt wie das in Deutschland ebenfalls noch nicht die ausgesprochene Trennung von possessorium und petitorium, sondern behandelt die Besitzfrage nur als erstes Stadium des einheitlichen Processes über das Gut, und die Untersuchung und Entscheidung über den Besitz geht auf gleiche Weise wie im deutschen Recht vor sich. So sehen wir aus dem 1149 verhandelten Process zwischen der ecclesia de Nameka

den Vertreter des Klosters auf eine Anhöhe, von wo man das Priorat sehen kann, und sagt ihm: Ego te induco in possessionem prioratus, quem tibi vicinum ostendo. Was damit für den Erwerber gewonnen war, ist freilich nicht recht einzusehen.

[1]) Für das normannische Recht vergl. Glanvilla, I, 7.

und der ecclesia de Marcha (Martene et Durand, Coll. II, 362), dass die circummanentes natu majores, zum Wahrspruch über die possessio decimationis aufgerufen, per certos limites de utraque possessione discernunt, und darauf das Urtheil ergeht, quod si prepositus de Marcha, qui possessor ab utraque parte cognoscebatur, licet ab altera malae fidei possessor diceretur, legitimis testibus qui de prescriptione temporis certum ferrent judicium, probare posset, se quiete possedisse, magis ei probatio incumberet quam ei qui recenter in eamdem possessionem irruisse non dubitabatur. War der Besitz nicht streitig, so gelangte auch in erster Linie der Verklagte zum Beweise selbsiebent, wenigstens wenn ein Beleg aus nächster Nähe des specifisch französischen Gebiets hiefür darf angeführt werden: 1071 wird im Gericht des Grafen von Toul gefunden, ut si septem homines de Viliaco possent sacramento probare, ita ratione fuisse (nämlich justius esse ut homines S. Apri prata sub solito censu tenerent), homines S. Apri prata ad solitum censum tenerent (Calmet, IV, 471). Erhalten hat sich ferner aus fränkischer Zeit, was in Deutschland fehlt, die Verjährungsfrist von dreissig Jahren, von der vielfach Gebrauch gemacht wird, in dem Sinne, dass der Besitzer durch Berufung auf ununterbrochenen Besitz von dreissig Jahren (oder auch von dreissig Jahren und dazu Jahr und Tag) sich jeder Auskunft über seinen Titel entzieht. Ein Beispiel im Cartulaire de l'Eglise Notre-Dame de Paris, I, p. 340. Endlich aber mangelt auch nicht die rechte Gewere, die wenigstens in Stadtrechten mehrfach erwähnt wird.

> Charta v. Abbeville, 1184, art. 23. (Thierry, Recueil des doc. inéd. de l'hist. du tiers-état, IV, p. 12): Si quis emerit vel invadiaverit terram vel redditus aliquos et per annum et diem vicinis videntibus tenuerit, si ille qui reclamaverit sciverit vel scire potuerit, nisi infra diem et annum reclamaverit, de cetero non audietur.

Diese Bestimmung ist mit dem Stadtrecht von Abbeville

an eine Menge Städtchen der untern Picardie verliehen worden. Cfr. ib. p. 575 ss. bes. p. 699, art. 29; p. 716, art. 21.

Consuetudines von Noyon, 1181, Art. 13 (Isambert, Recueil, I, p. 169): Si quis terram vel domum vel quamlibet tenuituram presente adversario suo nec contradicente per annum et diem tenuerit, postea sine contradictione possidebit.

Ziemlich übereinstimmend lauten ferner

Charta v. Roye, c^a. 1183, art. 3.
Charta v. Pontoise, 1188, art. 11 und 12.
Charta v. St. Quentin, 1195, art. 7.
Charta v. Chaumont, 1182, art. 10.

sämmtlich abgedruckt bei Klimrath, p. 357 s., Alauzet, p. 47, Parieu, Etudes, p. 56.

Auch die Assises de Jérusalem (basse-cour) haben diese Frist von Jahr und Tag in gleicher Anwendung:

Se home achete un heritage d'un autre home ou d'une feme, et il avient qu'il le puisse tenir un an et un jor sans chalonge, le droit et la raison comande que il ne le peut puis perdre par nul home ne par nule feme qui d'aage soit (Edition Beugnot, II, p. 36).

Jean d'Ibelin ch. 38 der Assises de la Haute Cour (Beugnot, I, p. 63) bestätigt das: Se il avient que la carelle seit de heritage dedenz ville close ou desclose, le fuiant peut respondre . . . que il a celui heritage eu et tenu quitement et en pays an et jor.

Später wird die Jahresfrist ausdrücklich in Gegensatz zur römischen Ersitzungszeit gestellt:

Anciens Usages d'Artois, XXVI, 5, 6: Car il convient à quiconques a got de hiretage par longhe tenure, qu'il l'ait tenu par le coustume d'aucun lieu en Artois, an et jour taut seulement, et par droit escrit X ans entre les presens et XX ans entre les absens. Mais par le coustume convient qu'il ait tenu XXX ans terres mouvantes en fief, dont se cils

termes sont passés, par droit revenir ni puet li demanderes.

Wieweit hier die gleichen Grundsätze, die für die rechte Gewere galten, im Einzelnen zur Anwendung kamen, ist nicht zu bestimmen; es scheint fast, dass diese Sätze noch weiter gehen als die des deutschen Rechts über die rechte Gewere, und den Beklagten schon durch den einfachen Nachweis des jährigen Besitzes gegen jede Ansprache sicher stellen, ohne dass er noch den Eid über sein Recht zu leisten hätte. Wenigstens ist es, wie wir noch sehen werden, später so aufgefasst worden. Dagegen scheinen sich für die Herkunft der Frist von Jahr und Tag einige Anhaltspuncte aus Folgendem zu ergeben. Wir finden noch im 13. Jahrhundert öfter eine Frist von 40 Tagen erwähnt: eine Stadt soll nicht länger als 40 Tage ohne Maire sein (Livres de Jostice, I, 6, § 40 und 50); ein Schuldner muss binnen 40 Tagen bezahlen oder aus der Stadt schwören (ibid. III, 6, § 2); der Erbe kann innert 40 Tagen vom Herrn die Belehnung mit dem Erbgut gegen Erlegung des rachat verlangen (ibid. XII, 6, § 8; 7 § 5; 22 letzter Abs.); der nächste Erbe eines Verkäufers kann innert 40 Tagen das Zugrecht üben:

> Stadtr. v. Rue, v. 1210, Art. 35 (Thierry, Rec. des docum. inéd. de l'hist. du tiers-état, IV, p. 662): Si aliquis hereditatem vendiderit, propinquus venditoris infra quadraginta dies si voluerit hereditatem antedictam redimere poterit.

Wer vor Gericht geladen 40 Tage verstreichen lässt, fällt in Bann und sein Gegner erhält die saisine (Livres de jostice, XIX, 37, § 9—12. Conseil de Fontaines XXI, 9). Diese Saisine ist aber vorläufig nur eine custodia (entsprechend dem deutschen Contumacialverfahren, oben S. 202), sie wird erst nach Jahr und Tag zu wirklicher Gewere des Klägers (Conseil, l. c. s. S. 340); die livres de jostice XIX, 42, § 2 sagen aber statt dedenz l'an et jor (wie es im Conseil heisst) dedanz les trois assisses (oben S. 340). Drei Assisen und

40 Tage machen also Jahr und Tag aus. Nun ist unschwer in den 40 Tagen die Gerichtsfrist des alten fränkischen Rechts zu erkennen, d. h. die Frist, welche die echten Dinge von einander trennte; 40 Tage Zeit haben heisst: bis zum nächsten echten Ding Zeit haben. Darf man nun die trois assises als die drei echten Dinge der spätern Zeit, die sich auf ein Jahr vertheilten, betrachten, so hätte man in den trois assises et le quarenteine jor der livres de jostice exact die deutsche Frist von Jahr und Tag. Dass übrigens diese Jahresfrist bei Contumaz, die trois assises et le quarentaine jor, auf das schon beim deutschen Contumacialverfahren zum Ausgangspunct genommene Capit. v. 803 c. 7 (Pertz, I, p. 117) zurückgeht, ist klar. Inwieweit diese Frist bei Ungehorsam hinwiederum mit der Jahresfrist in lex Sal. tit. 45 und 46 zusammenhängt, mag hier dahingestellt bleiben. Vergl. übrigens Esquirou de Parieu, Etudes histor. et crit. sur les actions possessoires, besonders p. 56 ss., wo weniger ein sicheres Resultat, als einzelne werthvolle Notizen zu finden. Ein anderes Schriftchen über diesen Gegenstand konnte ich trotz aller Mühe nicht auftreiben, und weiss nicht, ob dasselbe noch reichere Mittheilungen giebt: Valentin-Smith, de l'origine de la possession annale.

Das Alles müsste sich nun freilich von Grund aus geändert haben, wenn Klimraths Darstellung, die bis heute in Frankreich und mehr noch in Deutschland grosse Autorität geniesst, richtig wäre. Denn nach ihm hätte das französische Recht des Mittelalters die dinglichen Rechte nur als eine Art Besitz behandelt und alle Verfolgung dinglicher Rechte nur auf dem Weg der Besitzklagen und des Besitzschutzes ermöglicht. Dazu hat ihn das Beispiel Albrechts verleitet, nur mit dem Unterschiede, dass ihm die methodische Beherrschung des Stoffs mangelt, die dieser deutsche Gelehrte besitzt, und dass er mit den Quellen willkürlicher umgeht. Klimrath construiert sich vier Arten von Besitz: 1. die simple saisine de fait, 2. die simple saisine de droit, 3. die vraie

saisine de fait und 4. die vraie saisine de fait et de droit. Davon ist ihm die erste Art der eigentliche Besitz, die Gewere schlechtweg, die zweite das dingliche Recht, synonyme de propriété (p. 369), hervorgehend aus Urtheil, gerichtlicher Tradition u. s. f. (p. 380), die dritte die der Besitzklage, der complainte de nouvelle dessaisine zur Voraussetzung dienende Gewere von Jahr und Tag, und die vierte dieser einjährige, zugleich auf ein dingliches Recht gestützte Besitz (p. 356: lorsqu'à l'une des causes de la saisine de droit se joint la possession de fait pendant an et jour, elle devient inattaquable comme fait et comme droit, et l'emporte sur toute simple saisine tant de fait que de droit). Diese Unterscheidung ist durchaus geeignet, eine heillose Verwirrung anzurichten, und dazu ist Klimrath auch um so leichter gelangt, als er vermöge dieser Aufstellung in den Quellen alles Mögliche findet, was nicht in ihnen steht. So z. B. citiert er p. 386 den Grand Coutumier II, 22 (Ausgabe von Laboulaye und Dareste, p. 256) zum Beweise des Satzes, dass der im Besitzprocess Unterliegende conserve le droit de réajourner sur la propriété ou simple saisine dans l'an et jour, avant que l'autre partie ait acquis la vraie saisine de fait et de droit. Schlägt man aber verwundert die Stelle nach, so liest man den einfachen Satz: qui adjuge à aucun la saisine, l'en doit réserver le droit de la propriété. Et qui veult intenter action sur icelluy droit, il convient impétrer son adjournement dedens l'an, ou autrement il est descheu du droit qui'l avoit en la chose. Von saisine de droit, vraie saisine de fait et de droit keine Sylbe. So geht es mit den andern Beweisen auch. Die Wahrheit ist, dass die Quellen von diesen vier Arten der saisine nichts wissen; im 13. Jahrhundert unterscheiden sie nur, wie sich das bei Betrachtung der Besitzklagen ergeben wird, saisine schlechtweg und saisine d'an et jour (vraie saisine in den livres de jostice et de plet, III, 5, § 4, XVII, 3, § 2; in anderm Sinn aber XII, 6, § 26); im 14. fängt man an, die erstere possession

und die zweite saisine schlechtweg zu nennen; von letzterer zweigt sich als Unterart ab die simple saisine, aus der eine Klage statt innert Jahresfrist noch innert zehn Jahren kann angestellt werden. Das wird sich im § 29 näher erläutern. Spätere Quellen, besonders der Grand Coutumier de France, brauchen allerdings zur Seltenheit die Ausdrücke saisine de fait und saisine de droit, aber keineswegs in der Bedeutung, die ihnen Klimrath beilegt. Es wird nämlich die Erbschaftsgewere eine saisina juris tantummodo et non facti genannt und dies dahin erläutert (est à entendre par la manière qui s'ensuyt), dass der Erbe nicht nöthig hat, sich vom Gutsherrn in den Besitz einweisen zu lassen, sondern er sich selbst in Besitz setzen darf (Grand Cout. p. 234). Für den Lehnserben kommt noch das weitere Erforderniss dazu, dass er auch diese saisine de droit, d. h. das Recht zur Besitzergreifung, erst nach geleistetem Lehnseid erwirbt: Gr. Cout. 233: Si c'est un fief noble, saisine de droit ne aultre n'est acquise sans foy. 367: Nota quod saisina etc. Mit dieser saisine de droit ist also keineswegs, wie Klimrath meint, das dingliche Recht identisch, denn der Erbe kann trotz seiner saisine den Process über Eigenthum oder Lehnrecht verlieren, den ein Dritter gegen ihn erhebt, vielmehr meint der Gr. Cout. damit nur, dass der Erbe vermöge seiner saisine das Recht habe, die Sache von sich aus ungestraft in Besitz zu nehmen, Gr. Cout. 235: il se peut de son auctorité ensaisiner sans danger, et autrement il seroit pugny à l'arbitrage de son seigneur féodal (vergl. auch Beaumanoir, VI, 4); über das Recht an der Sache ist damit nichts ausgesprochen. So auch, wenn es Gr. Cout. 233 heisst: nulle saisine n'est acquise à aucun ne de droit ne de fait par aucun faict ou contract entre vifs, jusques à ce que la saisine soit faicte en la main du seigneur temporel, so liegt darin nur: der Kaufsabschluss überträgt weder den Besitz selber (saisine de fait) noch das Recht, sich des Guts von sich aus zu unterwinden (saisine de droit), sondern der Käufer muss sich vom

Herrn einweisen lassen. Und dem Käufer steht der ausländische Erbe gleich, qui ne peult jouir de la coustume par laquelle le mort saysit le vif son héritier, daher er ne peult estre en possession du fons fors par la main du seigneur (Gr Cout. p. 281). Die saisine de fait ist also die durch appréhension de fait (Gr. Cout. 234) erworbene (le procureur appréhende la possession de faict, sagt Gr. Cout. p. 528), und die saisine de droit die Gewere des Erben vor der Besitzergreifung, beide ohne irgend eine Beziehung auf ein wirkliches Recht des Betreffenden an der Sache. Man muss sich um so mehr hüten, dergleichen Bezeichnungen ein zu grosses Gewicht beizulegen, als die französischen Quellen des 14. und 15. Jahrhunderts sich gerade nach dieser Richtung in einer dilettantenmässigen Spielerei mit technischen Ausdrücken gefallen, so z. B. auch in der hie und da vorkommenden Verwendung der Ausdrücke civilis und naturalis für die saisine. Gr. Cout. 239: Le seigneur qui voit troubler la justice de son vassal peult intenter complaincte de nouvelleté, et user d'icelle, non mye pour la possession naturelle, id est prouffitable, que a son dit vassal, mais pour la possession civile, id est directe, en laquelle il se voit troublé. Ganz anders verwendet diese Begriffe der livre des droiz § 86 (und ähnlich Bouteillier fol. XC): Naturalis, si comme la succession d'aucun vient à autre et il l'accepte la possession comme son hoir de ses choses, non pourtant il retient en son courage, animo dit le droit, la possession, ista est possessio naturalis. Civilis est quant de fait l'en explecte la chose.

Wie die Terminologie Klimraths verwerflich ist, so auch der, zugleich durch sie gestützte und sie stützende, Grundgedanke seiner Theorie: die saisine begründet (oder enthält in sich oder bewirkt oder ist dasselbe was, oder wie man es ausdrücken will) das dingliche Recht. Jede Seite eines französischen Rechtsbuchs legt hiegegen Zeugniss ab schon durch die Unterscheidung von saisine und propriété. Kann man deutlicher reden als

Beaumanoir, VI, 4: Aucuns y a qui ont mestier de former lor demande sor saizine d'eritage tant solement, en tele maniere qu'il ne touce de riens en lor demande le proprieté; porceque s'il touquoit le proprieté en le demande, li ples seroit demenés selonc le proprieté: si en seroit li ples plus lons et plus perilleus, car après ce que saisine et gaingnée ou perdue, pot on commencer plet sor le proprieté etc.

ibid. XXXII, 30: On gaigne souvent saisine, tout soit ce c'on n'ait point de droit el treffons de l'iretage.

Livres de Jostice et de Plet, XII, 26, § 3: Melz vaut tozjorz à demender possession que propriété; car l'en a plus tost prové la possession que la propriété. Et qui est en sésine, a l'avantage à deffendre la propriété.

Und wenn Gr. Cout. 350 sagt: En cas de pétitoire il fault confesser sa partie adverse estre en possession et saisine (ebenso p. 529), so ergiebt sich daraus, dass der Kläger, der von vorneherein die saisine des Beklagten anerkennen muss, nicht selber auf Grund von saisine klagen kann.

Die französischen Quellen sind indess über die wahre Bedeutung der saisine doch nicht so zurückhaltend als man darnach glauben sollte. Saisine ist durchaus dasselbe was Gewere, der durch Nutzung sich manifestierende Besitz. Zugleich ist auch ausser Zweifel der mehrfache Besitz Mehrerer an derselben Sache, und zwar um so ausgedehnter, als das droit commun der französischen Rechtsbücher die Zins- und Leiheverhältnisse vollständig in sein Gebiet aufgenommen hat und die saisine du censier als etwas Selbstverständliches behandelt. Das erstere ergiebt sich daraus, dass die Franzosen die saisine als aus exploitation hervorgehend auffassen; exploitation oder exploits ist soviel als jouissance (die spätern Quellen brauchen letztern Ausdruck), also Genuss, Nutzung. Schon Beaumanoir XXXIV, 13 stellt der saisine du seigneur entgegen die saisine d'esploitier des Zinsmanns. Bei der

complainte de simple saisine, wo es darauf ankommt, wer länger besessen hat, wird untersucht, wessen exploits die ältern seien (Gr. Cout. 252. Loysel, § 765). Loysel § 749 sagt: qui a joui par an et jour d'aucune chose réelle, . . . en a acquis la saisine, also man muss die Nutzung gezogen haben. Die Hauptstelle ist aber

> Livre des Droiz § 630: Si aucun doit prouver contre autre que il avoit la possession d'aucune chose en certain temps, supposé qu'il prouvast que celluy expletast la chose à cellui temps, jà pour ce ne prouveroit la possession: car il est différance entre possession et exploit; car aucun pourroit bien explecter une chose pour autre et non mie en son nom: et bien pourroit l'en tenir plusieurs raisons contraires. Si l'en prouvoit l'exploit souffiroit, si partie adverse ne vouloit monstre que l'exploit fust fait ou nom d'autre.

Die Stelle scheint auf den ersten Blick unserer Behauptung zu widersprechen, indem sie sagt, es sei ein Unterschied zwischen Besitz und exploit; aber das Nachfolgende zeigt, wie es gemeint ist. Wenn der Gegner beweist, dass der auf Besitz sich Berufende nur als sein Verwalter exploitiert hat, so ist das kein Besitz, wohl aber genügt (suffirait) zum Beweis des Besitzes der Beweis der Nutzung, wenn der Gegner nicht darthun kann, dass diese Nutzung für einen Andern erfolgt sei. Es ist also hier dasselbe gesagt, was wir im deutschen Recht getroffen haben (S. 121. 235. Ssp. Lehnr. 62, § 2. 13, § 3. Richtst. Lehnr. 23, § 3).

Für die mehrfache Gewere an einem Gut haben wir soeben schon einige Belege angeführt. Der Gr. Cout. 239 bringt sie mit den Ausdrücken dominium directum und utile in Verbindung und nennt sie daher saisine directe und prouffitable. Beaumanoir unterscheidet (XXXIV, 13) saisine du seigneur und saisine à exploiter, insofern ganz correct, als der Zinsmann dem Herrn gegenüber in der Nutzung

steht. Die erwähnte Stelle des Gr. Cout. zeigt auch, dass sich der Herr gegenüber Andern als dem der von ihm die Gewere hat, als Inhaber der saisine geriert (vermöge Vertretung) und die Besitzklage anstellen kann.

Wie Begriff und Wesen, so ist auch der Erwerb der saisine kein anderer als bei der deutschen Gewere. Aber gerade hier stossen wir auf die eigentliche Stütze von Klimraths irrthümlicher Anschauung, auf die mit Albrecht getheilte Meinung, dass durch Auflassung und Gerichtsspruch die saisine erworben werde, z. B. Klimrath, p. 375: La saisine donnée par justice ou par jugement est une simple saisine de droit, puisqu'elle produit ses effets alors même que celui qui est débouté de la saisine la conserverait encore de fait. Und doch giebt auch auf die Frage nach den Erwerbsgründen der saisine der Grand Coutumier eine Antwort, wie man sie nicht deutlicher wünschen kann, eine Antwort, die zugleich mit unserer Darstellung des deutschen Rechts völlig übereinstimmt.

> Gr. Cout. 231: Ils sont trois espèces de possessions suffisant à saisine, c'est assavoir: possession acquise par occupation, possession acquise par succession, possession acquise par tradition de fait,

was dann sofort des Nähern ausgeführt wird; und speciell von der Besitzübergabe heisst es: Aussi fait celluy qui possède la chose par tradition de fait; c'est assavoir quant le seigneur foncier luy en baille la saisine à cause de vendition, eschange, don, aliénation ou aultre tiltre, quia facti traditio saisinam generat et inducit. Also die drei uns aus fränkischer Zeit her bekannten Arten der Occupation, der Besitzeinweisung durch den Veräusserer oder den Richter, und des Erbgangs. Zur Erläuterung dient Gr. Cout. p. 277: Se aucun homme donne ou vent aucune chose réalle à ung aultre, sans soy dessaisir par l'usaige et coustume de court laye, se celluy qui a vendu ou donné jouist toujours de l'héritage, après sa mort la saisine va à ses hoirs; mais se

celluy à qui l'en a vendu ou donné appréhende la saisine de fait et jouist par an et jour etc. Aber, wendet man ein, warum sprechen alle Quellen ohne Bedenken von ensaisinement des Erwerbers durch den Richter, ja warum nennen sie diese Handlung selbst geradezu saisine? Wenn die livres de jostice II, 1 § 1 sagen: Celi qui a juridiction puet donner la seisine des biens et metre en seisine, oder XII, 6, § 26: Nus n'est en veraie sésine, se le verai seignor ne l'i met, ist damit nicht gesagt, dass der Richter durch seinen Spruch die Saisine begründe, eine saisine ohne appréhension de fait, somit eine saisine de droit? Ich denke es nicht, hier so wenig wie im deutschen Recht.

Es würde, um derartige Meinungen zu entkräften, schon völlig der Hinweis auf die einfache Thatsache genügen, dass alle Quellen des Mittelalters für die Anstellung der Besitzklage eine paisible jouissance von Jahr und Tag fordern. Da eine solche ohne wirkliche Besitzergreifung nicht möglich ist, so hat der, dem nur aufgelassen ist, jedenfalls kein Rechtsmittel zum Schutz seines angeblichen Besitzes. Was wäre das dann aber für ein Besitz? Gewiss ebenso wenig eine saisine de droit als eine saisine de fait. Weiter aber denken jene Stellen, welche von ensaisinement durch den Richter reden, auch an factische Besitzeinweisung durch den Richter. Dies geht für das Contumacialverfahren vorerst hervor aus

> Beaumanoir, II, 8: wenn der auf Herausgabe eines Guts Beklagte nach dreimaliger Vorladung nicht erscheint, li sires doit metre le demandeur en le saisine de le coze, en tel maniere que li demanderes baille seurté des levées.

Wenn der Kläger Sicherheit für die Früchte leisten muss, so ist klar, dass ihm der factische Besitz eingeräumt ist, dass also mettre en saisine buchstäblich zu nehmen, nicht als bloses Zuerkennen des Besitzes durch Urtheil zu fassen ist.

> ibid. II, 17: En toz les cas où resaisine apartient,

on doit resaisir si entièrement que toutes les cozes qui furent levées ou le valor, s'on ne les pot ravoir, soient rendues à celi qui est resaisis, avant qu'il responde à riens qu'on li demant de le querele; car petit vaurroit la resaizine, se ele n'estoit fete entierement à celi qui estoit dessaizis.

Nirgends ist überhaupt ein Besitz, eine saisine gedacht ohne Fruchtbezug.

ibid. XX, 2: Cil qui sont en saizine d'eritage par cause de bone foi ne sont pas tenu à rendre les levées, tout soit il ainsi qu'il perdent puis l'eritage par jugement, si comme se j'ai aceté un heritage et suis en saisine de segneur etc.

Erscheint unzweifelhaft die mise en saisine in Folge Contumacialverfahrens als wirkliche Besitzeinweisung, so ist kein Grund abzusehen, warum sie bei contradictorischem Verfahren (incl. Auflassung) etwas Anderes sein sollte. Aus Beaumanoir wüsste ich nur Eine Stelle namhaft zu machen, welche bei oberflächlicher Betrachtung Zweifel dagegen erregen könnte: XXXIV, 13: Pierres proposa qu'il aceta un héritage, et quant il fu en le saisine du segneur et il cuida entrer en l'eritage, il trouva que Jehan en estoit en le saisine d'esploitier. Dieser Johann hat vom Verkäufer das Gut gepachtet und will nicht abziehen, aber das Urtheil ergeht zu Gunsten Peters: il fu jugié que Pierres, qui avoit aceté l'eritage et en estoit en saisine de signeur, goïroit de l'iretage etc. Hiernach möchte es scheinen, als werde die Saisine schon durch blose Auflassung vor dem Herrn auch ohne Besitzergreifung erworben, denn dem Käufer wird auf Grund seiner saisine gegen den factischen Besitzer Recht gegeben. Indess sehen wir näher zu, so ist Peter, der Käufer, wirklich in die Gewere des Guts gelangt, vom Verkäufer in den Besitz, wie e r ihn gehabt hatte, eingewiesen worden, in die hebbende Gewere des Zinsherrn mit der nut; zu dieser wollte er dann noch die ledigliche Gewere des

Zinsmanns, die saisine à exploiter, hinzunehmen, und stiess dabei auf Widerstand. Diese Stelle handelt in keiner Weise von der Rechtsgültigkeit der Saisine des Käufers, sondern nur von dem Satze: Kauf bricht Miethe. Der Pächter muss dem Käufer weichen, das ist der hier an einem Beispiel illustrierte Satz. Keineswegs gestattet die Fassung falsche Schlüsse auf Besitzerwerb durch blose Auflassung.

Ein aus späterer Zeit stammendes, an Deutlichkeit nichts zu wünschen übrig lassendes Zeugniss für die Ansicht, dass Gerichtsspruch (Auflassung) für sich allein keine saisine kann entstehen lassen, enthält der livre des droiz § 280:

> Quant possession est adjugée à aucun, il ne souffist pas à donner gaigie (l. saisine), se il n'a corporelle possession.

Zu falschen Auffassungen in dieser Hinsicht sind aber die Schriftsteller über Saisine hauptsächlich dadurch veranlasst worden, dass überhaupt der Gutserwerb durch die Hand des Richters hindurchgeht und durch ihn vermittelt wird. Das hat seinen einfachen Grund darin, dass es in Frankreich fast keine Allodien giebt und daher das französische Recht, auch wo es von propriété spricht, doch nie das freie ledige Eigen, sondern die biens mouvans d'une seigneurie im Auge hat. Veräusserungen solcher Güter müssen daher durch Vermittlung und unter Mitwirkung des Herrn geschehen, und das erfolgt im grundherrlichen Gericht, celi qui a juridiction ist kein Andrer als le seigneur; der Veräusserer giebt das Gut dem Herrn auf, il se dessaisine en la main du seigneur, und der Herr weist den Erwerber in das Gut ein, il met l'acheteur en saisine de l'heritage. Zur Bewerkstelligung einer Gutsübertragung war nun aber keineswegs nöthig, dass der Veräusserer das Gut in natura dem Herrn aufgab, dieser den factischen Besitz ergriff, und dann der Erwerber vom Herrn eingewiesen wurde. Vielmehr wurde der Käufer direct vom Verkäufer in den Besitz eingeführt, aber es musste die Einwilligung und wohl auch

Mitwirkung des Herrn dabei eintreten, und zu diesem Behuf fand die Auflassung vor dem Herrn statt. Mit dieser Auflassung verhält es sich aber ganz gleich wie mit der des sächsischen Lehnrechts. Das Seitenstück zu Ssp. Lehnr. 39, § 3 liefern die Anciens Usages d'Artois, XXIV, § 5—12, auf welche sowohl Klimrath p. 378 als Warnkönig II, S. 328 für ihre gemeinsame Auffassung grossen Werth legen. Wie seit Albrecht jene Stelle des sächs. Lehnrechts so aufgefasst worden ist, als erlange der Lehnserwerber durch Auflassung an sich schon die Gewere auch gegenüber jedem Dritten, so hat man auch aus dem Satze der usages d'Artois, wo der Herr dem Erwerber den Stab überreicht und spricht: je vous en saisi, geschlossen, dass durch diesen Act für sich, ohne Rücksicht auf factische Besitzergreifung, die saisine erworben werde. Wir dürfen indess diese Stelle nicht anders erklären als wir Ssp. Lehnr. 39 § 3 interpretiert haben (S. 199): durch die Auflassung erlangt der Erwerber, immerhin unter Voraussetzung wirklicher Besitzeinweisung Seitens des Veräusserers, die Gewere in seinem Verhältniss zum Herrn, er ist dadurch vrai possesseur contre le seigneur geworden, wie der livre des droiz § 712 von demjenigen sagt, der ohne Auflassung während Jahr und Tag besessen hat[1]). Keineswegs aber erlangt der Käufer durch Auflassung auch ohne factischen Besitz die saisine, welche die Besitzklagen giebt, überhaupt juristischen Besitz.

Ergab sich bei der Auflassung ein Anstand, so konnte der Herr das Gut zurückhalten (retenir), d. h. wohl, er sequestrierte es; so sagt Beaumanoir LI, 18, der Herr solle nach erfolgtem dessaisinement Seitens des Verkäufers tenir le saisine en se main, statt den Käufer einzuweisen, wenn Jemand die Veräusserung anficht und auf das Gut Ansprüche erhebt, bis diese erledigt seien. Oder im Fall eines Retracts-

[1]) Die Bedeutung des Besitzes von Jahr und Tag wird später erörtert werden. Er ersetzt die unterlassene Auflassung vor dem Herrn und begründet die saisine auch diesem gegenüber.

rechts: ibid. LI, 20: Quant li venderes se dessaisist en le main du segneur et li requiert qu'il en saisisse l'aceteur, ... se li aceteres est estranges, li sires pot retenir le saisine por soi.

Die Auflassung, mag sie im Land- oder Lehnsgericht, vor einer städtischen Behörde oder einem Grundherrn vor sich gehen, hat ursprünglich in Frankreich so wenig als in Deutschland eine Bedeutung für die Besitztheorie, sondern einzig für die Grundsätze über Eigenthumserwerb. Zumal wo sie dann stattfindet, weil der Richter der Grundherr ist, dessen Einwilligung und Mitwirkung zum Uebergang des Rechts am Gute nothwendig ist, erscheint sie als unvermeidliches Requisit für vollwirksame Uebertragung. Das erzeugt aber allerdings leicht Consequenzen für die Besitztheorie. Wir sahen, wie das Magdeburger Recht von dem Satze, dass gerichtliche Auflassung zum Eigenthumserwerb erforderlich sei, sofort weiter fortgeschritten ist zu dem Satze, dass ohne solche keine rechte Gewere entstehen könne, ja sogar nach gewissen Seiten (S. 216) jede Gewere negiert hat. Einen parallelen Gang geht das französische Recht. Seit der Ausbildung der Besitzklagen und deren Eindringen auch in die lehnrührigen Gerichte, die Anfangs davon unberührt geblieben waren, entwickelt sich der Gedanke, dass kein Besitz Rechtsschutzes geniesse, der ohne Auflassung entstanden sei. Dazu mag schon Veranlassung gegeben haben, dass die Auflassung selbst saisine hiess. Besonders aber tritt diese Lehre scharf hervor, seitdem die Begriffe possession und saisine sich geschieden hatten und jenes gewöhnlichen Besitz, dieses den durch Rechtsmittel geschützten Besitz bezeichnete. Wenn die livres de Jostice schon sagen: nus n'est en veraie sésine, se le verai seignor ne l'i met (XII, 6, § 26), so ist mir zwar zweifelhaft, ob hier schon damit gesagt sein will: keiner hat wirklich Besitz, dem nicht vor dem Herrn aufgelassen ist, und nicht eher: keiner hat eine zum Eigenthumserwerb vollwirksame Saisine ohne Auflassung. Aber wenn Boutillier

XXIXa (I, 43?) dem Erwerber vor dem ensaisinement durch den Herrn nur die saisine vuide zuspricht, welche bestehe in dem jouir de la chose sans estre ens de loy, so will er doch damit sagen, er habe zwar den Genuss, die Gewere mit der nut, aber nicht von Rechtswegen, und geniesse keiner Rechtshilfe für sie. Der Grand Coutumier p. 233 erklärt geradezu, que par la coustume de la prévosté de Paris nulle saisine n'est acquise à aucun jusques à ce que par le seigneur temporel l'en ait eu la saisine. Uebereinstimmend sagen die Coutumes de Reims (bei Varin, Arch. législ. 1[re] partie, p. 675): Dons entre vifz de héritages ne saisissent pas les donnataires des héritages à eulx donnez, mais est requis qu'il y ayt dévest fait par les donnataires (l. donateurs) ès mains des justices et que par icelles justices les donnataires en soyent vestuz et saisiz. Dieselben Coutumes sagen (Varin, l. c. p. 961): Saisine ou vest est un acte solemnel faict par le seigneur foncier par la tradition d'un petit baston à l'acquéreur, par lequel le dict acquéreur acquiert droit de propriété et possession[1]).

Es kann auffallen, dass dieser Grundsatz erst in der Zeit auftritt, wo das Eigenthum des Grundherrn schon abgeschwächt ist. Aber einerseits hängt er zusammen mit der erst in diese Zeit fallenden Verbreitung der Besitzklagen auch über die grundherrlichen Gerichte, andererseits ist die Wichtigkeit der Auflassung, wenn auch materiell abgeschwächt, doch formell eher geschärft worden. Das dominium utile des Zinsmanns nämlich hat zwar schon solche Fortschritte gemacht, dass die Veräusserung nicht mehr von dem Willen des Herrn abhängt, aber die Vermittlung des Besitzüber-

[1]) Zum Zeichen aber, wie wenig dieser negative Satz (ohne Auflassung keine saisine) den positiven (saisine entsteht schon durch blose Auflassung) rechtfertigt, sehe man, wie in denselben Coutumes von Reims immer die wirkliche Besitzergreifung vorausgesetzt ist, z. B. Varin, l. c. p. 711: il faut avant qu'il entre audict héritage, qu'il en soit vestu et saisi par justice foncière, etc.

gangs durch seine Hände hindurch wird darum festgehalten, weil er die Handänderungsgebühren, lods ventes et saisines, zu beziehen hat. Daher muss dem Herrn das Gut aufgelassen werden, damit er es in seiner Hand behalte, bis diese Gebühren bezahlt sind. Er kann nicht mehr refuser de recevoir l'acheteur en saisine, sondern der Käufer kann ihn dazu zwingen (Gr. Cout. p. 268). Aber der Käufer fällt in Busse, wenn er nicht binnen acht Tagen seit Abschluss des Kaufs zum Empfang der saisine vor den Herrn kommt (Gr. Cout. p. 265 s.), und die Jahresfrist für Ausübung des Retractsrechts beginnt erst mit dem Tage, wo der Herr den Käufer in Saisine gesetzt hat (Gr. Cout. p. 329 u. 346). Wie aber dann auch wieder gerade in Folge der Besitzklage und der durch sie in das Recht eingeführten possession annale als Erfordernisses der Klage die Nothwendigkeit der Auflassung Abbruch erlitt insofern als Besitz während Jahr und Tag auch gegenüber dem Herrn die gleiche Wirkung erzeugte wie die Auflassung, wird in § 30 noch kurz berührt werden.

Der Satz, auf dessen Feststellung es mir hier einzig ankam, nämlich der, dass keine saisine durch blose Auflassung ohne wirkliche Besitzergreifung entstehe, scheint aber schliesslich noch zu scheitern an der Formel bei Loysel § 746: Dessaisine et saisine faite en présence de notaires et de témoins vaut et équipolle à tradition et délivrance de possession. In der That argumentiert Warnkönig (II, S. 328 f.), dass darnach der Besitzerwerb durch blose Auflassung erfolge, im Gegensatz zu der Formel (Loysel § 745): Appréhension de fait équipolle à saisine. Damit verhält es sich nun aber so: Richtig ist, dass diese zwei Sätze zwei verschiedene Systeme der Coutumes repräsentieren und characterisieren, aber nicht in Bezug auf den Besitzerwerb, sondern hinsichtlich des Rechtserwerbes. Die schon im 14. Jahrhundert ihrem ursprünglichen Gehalt entfremdete vesture vor dem Herrn und durch ihn ist nämlich im 15. von vielen

Coutumes ganz aufgegeben worden. Schon der Gr. Cout. p. 233, 270, 647 spricht davon, dass bei Zinsgütern, en accensement, selon la coustume il n'est de nécessité de aller au seigneur pour avoir la saisine. Die Folge war, dass man zum römischen Recht greifend bei Rechtsgeschäften unter Lebenden den Eigenthumsübergang durch die traditio, d. h. Besitzübertragung, erfolgen liess. Da hiess es: Appréhension de fait équipolle à saisine, durch einfache Besitzergreifung wird jetzt vollzogen, was früher erst durch die hinzukommende Auflassung (saisine) war erreicht worden: der Rechtserwerb am Gut. Die andre Gruppe der Coutumes hielt am alten Recht der Auflassung fest; da hiess es dann: Saisine équipolle à tradition, d. h. durch die Auflassung wird das Recht am Gut übertragen mit gleicher Wirkung wie nach römischem Recht durch Tradition. Dass diese beiden Formeln nur den Erwerb des Rechts, nicht den des Besitzes im Auge haben, zeigen die Anwendungen, die von ihnen gemacht werden. Nach den Coutumes der ersten Gruppe beginnt die Jahresfrist für Ausübung des Retractsrechts mit der Besitzeinweisung zu laufen, nach denen der zweiten erst mit der saisine durch den Herrn[1]). Nach jenen ist der Erwerber eines Guts in Folge der Besitzeinweisung und durch diese gegen frühere und spätere Erwerber geschützt, nach diesen gewinnt der durch saisine Seitens des Herrn auch ohne factische Besitzübergabe Erwerbende das Recht selbst gegenüber einem spätern besitzerlangenden Erwerber.

Es erscheint nach allem dem die Albrecht-Klimrathische Doctrin von dem Erwerb einer saisine de droit in Folge

[1]) Darauf bezieht sich vielleicht auch Coutume de S. Dizier, Art. 285 (in Olim, II, p. 840): Tenure vaut d'un an et un jour, en tel maniere que se cil qui tient est mis en possession par bailli et par eschevins, il ne serat pas desvestus s'il l'a tenu un an. Doch kann auch gemeint sein, dass durch Besitz von Jahr und Tag seit der Auflassung Eigenthumsansprüche Andrer ausgeschlossen sind, im Gegensatz zu Art. 25, wo 30 Jahre und 30 Tage nöthig sind, um ein Gut sans lettres (de notaire) zu ersitzen.

bloser Auflassung unhaltbar, wobei übrigens anzuerkennen ist, dass sie die französischen Juristen selbst zu Widerspruch herausgefordert hat, während sie in Deutschland gerade der unangefochtene Punct von Albrechts Lehre geblieben ist. Alauzet und Parieu z. B. wollen nichts davon wissen, auch Thiercelin bringt Restrictionen an. Aber was sie substituieren, ist nicht besser, ja führt sogar auf einem Umwege wieder zu dem Ausgangspunct Klimraths zurück. Es verlohnt sich wohl, einen kurzen Blick auf die neuen Constructionsversuche oder vielmehr den Versuch, denn Alle kommen so ziemlich in der Hauptsache überein, zu werfen. Ausgehend von der Thatsache, dass der Herr den Erwerber in die Saisine setzt, fassen sie diese selbst nur als ein Institut des Feudalwesens auf. Nehmen wir nur Alauzet, der in seiner histoire de la possession diese Gedanken am ausführlichsten entwickelt. Die saisine, sagt er, war ursprünglich dasselbe was vestitura, d. h. simple possession; aber die Aenderungen, welche das Lehnswesen in den Rechtsgrundsätzen hervorrief, mussten den Sinn des Wortes ändern (p. 77, 84, 85). Jetzt wurde die Saisine eine institution toute féodale, ihr caractère fondamental ist l'asservissement de la propriété (p. 82 s.). Die alte Investitur war eine formalité matérielle et symbolique zum Erwerb des Eigenthums gewesen, die Saisine wurde durch das Lehnssystem la signe de l'asservissement du sol et de la suprématie du seigneur sur celui qui accomplit devant lui les cérémonies symboliques. Nur durch den Willen des Herrn konnte man ein Gut erwerben (p. 88) und dafür musste man ihm Hulde thun und hohe Gebühren entrichten. Doch war der Lehnsherr keineswegs véritable propriétaire des biens de son vassal geworden, konnte also auch nicht mit freier Willkür darüber verfügen, war vielmehr gebunden durch bessere Ansprüche als die des Empfängers, etwa durch solche näherer Erben. Sein ensaisinement hinderte mithin nicht, dass der ensaisiné trotz seiner saisine das Gut an einen besser Berechtigten herauszugeben konnte

genöthigt werden (p. 89), folglich war die saisine nur eine reconnaissance d'une propriété présumée, le simple envoi en possession de l'ayant droit présumé (p. 90 s.), nur eine propriété présumée, eine présomption de propriété (p. 277) u. dgl. Ein Erbe oder sonstiger Berechtigter konnte sich in Folge der Unterjochung des Bodens nicht in Besitz eines Guts setzen, ohne Huldigung geleistet und die Gebühren bezahlt zu haben, erst als Sanction derselben erfolgte die Saisine. Aber allmählig empörte sich das Rechtsgefühl gegen diese obligation imposée au fils d'aller demander au seigneur son envoi en possession dans les biens de son père, man schuf an Stelle der saisine effective eine saisine fictive des Erben mit Hilfe des Satzes le mort saisit le vif (p. 93). Diese Erbschaftssaisine hatte aber Mühe sich geltend zu machen (p. 94 f.) Endlich kam auch die Zeit, wo die Saisine blos durch Zeitablauf erworben wurde, die nannte man dann saisine de fait im Gegensatz zur alten, der saisine de droit (p. 97). Die einfache Besitzergreifung war nämlich dem Lehnssystem so zuwider, dass man, um sie als saisine zu behandeln, zum römischen Recht und dessen Theorie der Verjährung flüchtete (p. 99). Alauzets Resultat ist: faire remonter l'origine de la saisine jusqu'aux Germains, c'est une erreur qui entraîne de déplorables conséquences. La saisine, au moment où elle prit une valeur juridique, était synonyme d'investiture, plus tard elle signifia possession juridique qui dispensa de l'investiture et en donna tous les avantages; elle appartenait soit à celui qui prouvait une détention annale non vi, non clam, non precario, soit à l'héritier (p. 119 s.). Oder: Avant la féodalité la possession tenait de la nature des choses, si ce n'est de la loi, d'être une présomption de propriété. Avec la féodalité, on n'eut l'exercice d'un droit immobilier qu'après avoir obtenu la saisine, qui, seule, d'après les changements introduits dans le droit, faisait présumer la propriété (p. 149).

Ein treues Abbild modernen Franzosenthums spiegeln

diese Worte: es sind die bis zum Ueberdruss wiederholten Phrasen von der Abscheulichkeit der Feudalwirthschaft und dem Kampfe der Menschenrechte gegen dieselbe (en haine du droit féodal p. 131), welche hier zur Aufstutzung der Besitztheorie verwendet werden. Eine einlässliche Kritik und Widerlegung wird nicht nöthig sein. Der Leser bemerkt sofort die Inconsequenz in Beurtheilung der alten investitura und der spätern (lehnrechtlichen) saisine, wie das besonders auf S. 88 hervortritt, weiter den falschen Schluss, dass der Lehnsherr nur habe eine propriété présumée geben können, weil er nicht véritable propriétaire gewesen sei und andre Rechte habe vorbehalten müssen; ferner die verkehrte Ansicht, als sei die saisine héréditaire erst spät entstanden und durchgedrungen, während gerade umgekehrt sie ursprünglich schon da war und nur in den Lehnsverhältnissen die Modification erlitt, dass der Erbe hommage leisten muss, bevor er Besitz ergreifen darf, kurz die vollständige Verkennung mittelalterlicher Rechtszustände. Und schliesslich, was hat denn diese neue Theorie für einen Vorzug vor der Klimraths? Genau besehen kommt sie zu dessen Resultat zurück, indem die Auflassung auch nach Alauzet eine saisine de droit im Gegensatz zur saisine de fait, d. h. factischen Besitzergreifung, giebt (p. 97). Das Ziel ist dasselbe, nur der Weg dazu ist ein verschiedener, aber ganz gewiss ist diese neue Motivierung eine ungleich schlimmere als die alte von Klimrath, weil sie auf einer völligen Verkennung des Lehnswesens, auf einem Missverständniss der Erbschaftsgewere und auf einem unklaren Sprung aus der fränkischen in die französische Zeit beruht, Uebelstände, welche Klimrath mit Albrecht vermeidet. Wie wenig diese neue Theorie geeignet ist, die alte zu ersetzen, zeigt Thiercelin (dessen Schrift in dem Vorwort genannt ist), der sich als Anhänger Klimraths dargiebt, dennoch aber auf dem Wege der andern vorgeht und zu dem Schluss kommt: der solennen Form des vest et dévest substituierte der Gerichtsgebrauch den Besitz von

Jahr und Tag. Durch diesen erwarb man die vraie saisine la saisine de droit. In dieser Hinsicht weicht er also wieder sowohl von Klimrath als von Alauzet, Parieu und Cons. ab.

Der Fehler dieser Schriftsteller liegt darin, dass sie über einer Form die Sache selbst übersehen. Sie bleiben an der Aeusserlichkeit der Investitur hängen und gelangen darüber gar nicht zu einer eigentlichen Besitztheorie.

Bisher habe ich hauptsächlich nur den Erwerb der Saisine unter Lebenden im Auge gehabt. Nun noch einige Worte über die saisine héréditaire. Schon früh wird diese, die Gewere des Erben, als consuetudo terrae bezeichnet, d. h. sie ist altes Volksrecht, im Gegensatz der spätern durch das Amtsrecht und dessen Erzeugniss, die Besitzklagen, hervorgerufenen Neugestaltungen:

Olim, I, 452, No. 16 (a⁰. 1259): Imbertus petit saisinam terrae, cum per consuetudinem terrae mortuus debebat vivum saisire.

Olim, III, 134, No. 32: secundum jus et patriae consuetudinem.

Olim, III, 970. 1074 und öfter.

Sie wird einmal saisine de droit naturel im Gegensatz zur saisine de fait genannt:

Olim, II, 517 No. 9 (a⁰. 1310): La damoyselle de S. Amant eust requis l'Abbé que il la receust en sa foy d'un fief et l'en saisesist de fait ausi come elle en estoit saisie de droit naturel (als Erbinn ihres Bruders).

Der Grand Coutumier hat, wie wir oben sahen, eine saisine de droit daraus gemacht. Der Erbe erwirbt sie durch den Tod des Erblassers an allen den Gütern, welche zur Zeit des Todes im Besitz des Erblassers waren.

Olim, I, 23. 98. II, 364. III, 415.

Etablissements de St. Louis, II, 4.

Grand Coutumier, p. 287: item consuetudo etc. 525: Si tost qu'il fut allé de vie à trespassement, et en

fus saisi comme son héritier plus prochain par la coustume généralle du royaulme de France toute notoire, par laquelle le mort saisist le vif son plus prochain héritier.

Eine Einweisung durch den Herrn ist hier nicht nöthig, worüber besonders interessant sind die coutumes de Reims (Varin, Arch. législ. 1re partie, p. 662, 711); nur bei Lehn muss die Huldigung vorangehen, bevor der Erbe sich des Guts unterwinden darf. Dieser Satz ist dahin geschärft worden, dass saisina feudi nunquam transit ad heredem per mortem solam, sed . . facto hommagio (Gr. Cout. p. 367); se aucun vassal va de vie à trespassement, son hoir, et fut son propre fils, n'en est pas saisi, ne en possession et saisine, ne s'en peult dire par le droict commun ne par la coustume que le mort saisist le vif son hoir . . jusques à ce qu'il en ait fait foy et hommage (ibid. p. 305). Der Stilus curiae Parlamenti (XXVIII § 10 und der Gr. Cout. 282 lassen die Gewere nur auf den Intestaterben übergehen: la coustume par laquelle le mort saysit le vif son héritier n'a pas lieu in successionibus ex testamento, sed ab intestato. Abweichungen finden sich indess vielfach nach Ortsgewohnheiten, so z. B. wird 1312 (Olim, II, 556, No. 3) dem im Testament zum Universalerben eingesetzten jüngern Sohn auf Grund des Testaments die saisine zugesprochen gegen den Erstgebornen, welcher verlangt de consuetudine Francie ceteris liberis maxime in feodis nobilibus preferri in saisina bonorum. Auch war es seit früher Zeit Rechtens, die Testamentsexecutoren als sofort mit dem Tode des Erblassers in dessen Gewere eintretend zu behandeln. Beaumanoir XII, 26 giebt dafür den Grund an, dass sie die Person des Erblassers repräsentieren. Ein Beispiel von 1286 Olim, II, 255, No. 9. Ueber die Frage, welchen Erben die saisine héréditaire zu Gute kam, ob blos der directen oder auch der Seitenlinie, ergiebt sich keine Uebereinstimmung unter den Coutumes. Die Erbschaftsgewere der Kinder wurde wohl auch bisweilen

aus dem römischen Notherbenrecht zu begründen versucht, Cujaz eifert aber mit Entrüstung gegen solche Ableitung der vox illa de via collecta „le mort saisit le vif". Näheres über die Gewere des Erben findet man wenigstens in Betreff Zusammenstellung von Material bei Renaud (die französische Rechtsregel „le mort saisit le vif" in der krit. Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes, Bd. XIX), dessen Grundanschauung ich freilich in keiner Weise theile. Von französischen Schriftstellern handelt auch nicht sehr lucid davon Simonnet, histoire et théorie de la saisine héréditaire. Paris 1851. 8°.

Wir haben für Wesen und Erwerb der saisine die gleichen Ausgangspuncte und Hauptgrundsätze gefunden, wie sie für die deutsche Gewere galten. Aber ein anderes Resultat ergiebt sich nun, wenn wir zu dem dritten Hauptpuncte, zum Schutz des Besitzes, fortschreiten. Hier begegnen wir durchgreifenden Neuerungen, welche uns länger beschäftigen müssen. Denn es ist geboten, auf die ersten Erscheinungen dieser Neuerung im normannischen Rechte zurückzugehen.

§ 28. Der Besitzschutz im normannischen Rechte.

In brevibus istis non agitur nisi de possessione tantum ad evitandum dubium eventum duelli, sagt die Fleta, V, 7, 1, und giebt damit die bündige Hinweisung auf Veranlassung und Herkunft des Besitzprocesses: die Veranlassung war das Bestreben, den alten volksthümlichen Process in seinen für den Unvermögenden im Laufe der Zeit unerträglich gewordenen Härten und Schärfen durch eine von der Königsgewalt ausgehende und ihrer Machtentwicklung entsprechende Rechtshilfe zu ersetzen, und demgemäss liegt auch die Herkunft des Besitzprocesses nicht in dem Volksrechte, sondern in dem Amtsrechte, wie wir es nach Sohms Vorgang nennen. Man muss sich immer gegenwärtig halten, dass der Besitzprocess nicht aus naturgemässer Entwicklung des Volksrechts, nicht aus organischer Entfaltung der alten volksthümlichen Elemente

des Rechtslebens hervorgegangen ist, um die ganze Stellung zu begreifen, welche diese Einrichtung im Rechtssystem eingenommen hat. Hiebei verdienen die normannischen Quellen eine kurze Berücksichtigung, weil sie unverkennbaren Einfluss auf das französische Recht geübt haben. Die Rechtsbücher Englands und die Quellen des normannischen Mutterlandes liefern hiefür ein reiches Material. Wenn ich mich, da eine einlässliche Ausführung nicht in meinem Plane liegt, wesentlich an die letztern halte, so bin ich um so mehr dazu berechtigt, als die früher herrschende, noch von Bruns festgehaltene Meinung, dass die englischen Quellen einen ursprünglicheren Character haben und den Zusammenhang mit dem altgermanischen Recht noch deutlicher aufweisen, unrichtig ist, und seit Brunners Untersuchungen keinem Zweifel unterliegen kann, dass das normannische Recht das Mutterrecht Englands ist. Vorzugsweise halte ich mich an die vollendetste, systematisch abgerundete Aufzeichnung, die Somma de legibus consuetudinum Normanniae, worüber Brunner, das anglonormannische Erbfolgesystem, S. 76 ff. nachzusehen ist.

Das Recognitionsverfahren, das sich aus der Inquisitionsgewalt und dem Inquisitionsrecht des Königs, resp. Herzogs bildete, erwies sich unstreitig als besonders practisch bei Besitzstreitigkeiten; schon das altgermanische Volksrecht hatte hiefür das Zeugniss der Nachbarn und Gemeindegenossen verwendet und von dieser Seite erschien eine Annäherung an die neue Rechtsbildung und eine Befreundung mit derselben leicht. Indem aber nunmehr die Einleitung und Durchführung der Verhandlung über die Besitzfrage nicht mehr von den Volksgerichten ausgieng, sondern ausserhalb der Organe des Volksrechts kraft königlicher Autorität und Anordnung sich vollzog, ergab sich in bestimmtester Weise die Trennung von Possessorium und Petitorium. So in Frankreich, wo die Eigenthumsfrage den ordentlichen Gerichten vorbehalten blieb. Aber auch in der Normandie und England, wo das Recognitionensystem ebenfalls den Eigenthums-

streit in seinen Bereich gezogen hatte; auch hier sonderten sich sofort streng Besitz- und Rechtsstreit, weil beide auf Grund verschiedener Weisungen, praecepta, und nach Inhalt verschieden gefasster brevia erledigt wurden und ein Hinausschreiten über den bestimmt bemessenen Befehl und Inhalt der Formel unstatthaft war.

Für diese Scheidung von possessorium und petitorium ist beispielsweise zu vergleichen

> Somma II, 55, § 2: Et hoc sane in querelis attendendum est, in quibus feodi de proprietate litigatur, ut in breviis de stabilia et feodo et vadio et huiusmodi. In novis autem dessaisinis et querelis, in quibus de feodi possessione et non de proprietate litigatur, potest recordamentum fieri etc.
>
> Glanvilla, XIII, 9.
>
> Fleta, IV, 1, 3. IV, 10, 13.
>
> Britton, chap. 42 am Anf. (p. 180).

Daher werden petitorische Einreden nicht berücksichtigt, sondern der nachfolgenden Verhandlung zugewiesen:

> Arreste scacariorum, Warnkönig, II, UB. S. 76 (Etablissements de l'échiquier de Normandie, p. 123): Guillebertus de Sagi petit saisinam cuiusdam decime, quam predecessor suus in prebenda habuit die qua obiit, quam Hugo ei difforciat; Hugo petit recognitionem, utrum decima illa sit feodum laicum vel elemosina. Judicatum est quod Guillebertus habeat saisinam decime, et post fiat recognitio.

Wer den Termin der possessorischen Querel versäumt, kann doch die Eigenthumsklage anstellen.

> Statuta Normannie, Warnk. II, UB. S. 38 (Etablissements, p. 66): negligens ille erit in periculo amittendi possessionem rei petite, salva questione proprietatis.

Dagegen mangelt innerhalb der querela de possessione eine Unterscheidung, die der römischen in interdicta reti-

nendae und recuperandae possessionis entspräche, eine Folge des deutschrechtlichen Princips, dass durch Dejection die Gewere nicht verloren geht. Daher umfasst auch der Ausdruck dissaisina sowohl Störung als völlige Entziehung des Besitzes.

Bracton, IV, tr. 1, c. 38, § 4: Si quis injuste disseysitus fuerit de communia pasturae suae sive impediatur quominus commode et modo debito uti possit, recurrendum est ad impetrandam assisam quae prodita est recuperandae possessionis gratia.

Fleta, IV, 1, 8 und 9: Disseisitur quis, cum a seisina sua violenter injuste et sine judicio de tenemento suo ejectus fuerit, vel etiam si alius ipsum (dominum) in possessione existentem uti omnino non permittat, vel saltem injuste impediat quominus commodo uti possit. Item fit disseisina, cum quis praepotens uti voluerit in alterius tenemento contra ipsius domini voluntatem, vel pecora immittendo vel alio quocumque modo servitutem libero fundo imponendo.

Britton, ch. 42 (p. 182).

Myrror of Justice, II, 25: Tort est icy prise aussi bien pur deforcement ou disturbance come pur ejection.

Dagegen hat das normannische Recht für die Besitzklage verschiedene Formen aufgestellt, die aber auf keiner materiellen, innerlichen Verschiedenheit beruhen, vielmehr abgesehen von der uns hier weiter nicht berührenden Querel de ultima praesentatione nur von einem äusserlichen Umstande, nämlich der Art und Weise des Besitzerwerbs des Verletzten, ihren besondern Inhalt empfangen haben. Daher ergeben sich gemäss den zwei germanischen Besitzerwerbsarten durch Besitzeinweisung und durch Erbgang zwei Besitzklagen: 1. die querela novae dissaisinae für den, der die Gewere des Guts, das er vermöge Besitzergreifung selbst schon in factischer Beherrschung gehabt hatte, verloren hat, und 2. die querela de antecessoris saisina für den Erben, dessen saisine d'héri-

tage durch Besitznahme eines Nachlassguts Seitens eines Dritten verletzt ist. An diese letztere Form schliessen sich die dem ehelichen Güterrecht entstammenden an, so die querela maritagii impediti, von der die Somma II, 36, § 8 sagt: modum sequitur novae disseisinae. Für Alle ist überhaupt die querela novae dissaisinae Prototyp, daher es in Somma I, 68 § 2 heisst: In novis dessaisinis et omnino in eis querelis quae per modum novae deducuntur dessaisinae. Es gelten mithin für diese verschiedenen Fälle die gleichen Regeln in allen wesentlichen Puncten, Abweichungen finden nur Statt in Aeusserlichkeiten und nähern Verumständungen, wo sie durch die Natur der Sache geboten sind, so dass wir es im Grunde nur mit Einem Rechtsmittel zu thun haben [1]).

Die Verbindung der für die interdicta uti possidetis und unde vi geltenden Voraussetzungen zu einer einzigen für Ein Rechtsmittel hat die Wirkung, dass (eben weil der Dejicierte noch als Besitzer gilt) das Verfahren sich mehr in Analogie der Formen des interdictum uti possidetis abwickelt. Denn so wenig auch an eine Einwirkung des römischen Rechts zu denken ist, so liegen doch die Bezüge oft so nahe, dass man beinahe unwillkürlich zu Vergleichungen veranlasst wird. Gleich hinsichtlich der Einleitung des Verfahrens. Wie der Prätor in älterer Zeit zuerst ein Verbot der Handlung, welche die Besitzstörung enthielt, erliess, so weist bei unsrer Querel der König, resp. Herzog den richterlichen Beamten des betreffenden Gebiets durch ein breve an, dem Dejicienten das praeceptum de resaisiendo zukommen zu lassen. Die Formel des breve novae dissaisinae giebt Somma, II, 29, § 1, die des breve de antecessoris saisina Somma, II, 34, § 1. Leistet der Aufgeforderte diesem Befehl keine Folge, so wird das

[1]) Das englische Recht zählt zu den possessorischen Recognitionen auch noch solche, die ihrer Natur nach offenbar petitorischen Inhalt haben, wie die de feodo et vadio, de feodo et firma u. a. Ueber die nicht im materiellen Recht, sondern in formellen Rücksichten liegenden Gründe vergl. Brunner, Entstehung, S. 414.

Gut richterlich mit Beschlag belegt und der Process vor dem königlichen, resp. herzoglichen Justitiarius eingeleitet, und zwar durch Aufstellung der Jury und Befragung derselben über die Besitzverhältnisse.

Mit dieser in der Somma sehr ausführlich behandelten inquisitio und überhaupt dem ganzen Recognitionsverfahren haben wir uns hier nicht zu befassen, zudem giebt jetzt eine treffliche Darstellung davon Brunners Entstehung der Schwurgerichte, besonders S. 350 ff., wir betrachten blos die materiellen Voraussetzungen der Querel.

Da könnte zuerst auffallen, dass immer besonders bestimmt hervorgehoben wird, die Besitzklage diene nur zum Schutze des Lehnsbesitzes, des liberum tenementum, während der Zinsmann gegen den Herrn, der ihm das Gut entzieht, nicht de nova dissaisina klagen könne. Man möchte geneigt sein, daraus Schlüsse auf das Wesen der saisine zu ziehen ähnlich wie Gundermann in seinem englischen Privatrecht den Begriff derselben bestimmt hat, d. h. als freien Grundbesitz, Freehold, im Gegensatz zum unfreien Besitz (Gundermann, S. 145). Aber damit wäre eine falsche Bahn betreten, welche uns wie Gundermann zu der alten Theorie von der Gewere als einem „Recht an Grundbesitz" zurückführen würde. Vielmehr bewegt sich das normannische Recht auch hierin durchaus analog mit dem deutschen. Wir haben in § 8 den Gedanken ausgeführt, dass mit dem Zurücktreten der Zinsleiheverhältnisse aus dem Kreise des Landrechts, d. h. mit dem Ausscheiden der Zinsbauern aus der Genossenschaft der alten Volksgerichte und ihrem Eintritt in das Hofrecht, auch die Gewere des Bauern am Zinsgut dem Landrecht entfremdet wird, obschon sie deswegen nicht untergeht, sondern im Hofrecht unentbehrlich bleibt. So kann auch in dem normannischen und französischen Recht eine saisina an den villenagia nicht vermisst werden, aber sie kommt in den königlichen Gerichten nicht in Betracht, weil in diesen die grundherrlichen Zinsleute nicht gerichtsgenössig sind. Daraus

folgt nun das Weitere, dass der König oder Herzog kein Recht und keine Veranlassung hat, mit seinem Recognitionensystem in die grundherrliche Gerichtsbarkeit hineinzugreifen; sein Amtsrecht kann sich nur bewegen auf dem Boden, für welchen das alte Volksrecht und was dessen Stelle später ausfüllte geschaffen war, d. h. seit Ueberwindung der alten Rechtszustände durch das Lehnswesen im Kreise der Lehnsbesitzer, und so findet auch die Einführung der Besitzprocesse naturgemäss ihre Schranke da, wo ein Gut aufhört als Lehngut in Betracht zu kommen. In diesem Sinne ist es selbstverständlich, dass die Querel nur dem zukommt, der eine saisine fieffale, saisina feodalis hat, oder wie die Quellen sich vorzugsweise ausdrücken, nur dem, der behaupten kann, se saisitum esse (oder fuisse) in dominico (oder de terra) ut de feodo. Einzelne Anwendungen sind folgende. Der Lehnsmann hat gegenüber dem Eigenthümer die Gewere und somit die Querel:

> Somma, II, 31, § 14: In novis autem dessaisinis maxime attendenda est qualitas saisine et quomodo habebatur. Non enim omnis saisina reddenda est requirenti. Si quis enim spontaneus vel per judicium saisinam, quam habet, alii in feodum tradiderit, si deinceps eam requisierit, non habebit.
>
> cfr. Somma, I, 54, § 2: Si quis alium a possessione sua feodali per vim illatam expulerit.
>
> Fleta, I, 11, 14. IV, 2, 6.

Weiter wird das Requisit des Lehnsbesitzes in formalstem Anschluss an die Formel des Breve so strict beobachtet, dass wer nicht selber zu Lehnrecht besitzt, sondern ein Lehngut zu Pfand oder Firma innehat, nur als Vertreter des Lehnsmanns in der Saisine, als Besitzer in fremdem Namen gilt und daher die Querel nicht hat[1]):

[1]) Dem Pfandgläubiger und Firmar wurden dann freilich, damit man mit der Formel des Breve nicht in Conflict komme, analoge Rechtsmittel gegeben. Vergl. § 31.

> Fleta, IV, 3, 1: Nulli competit querela nove disseisine, qui in possessione fuerit nomine alieno.
> Somma, I, 9, § 10: Ille habet terre saisinam, qui eam per se vel suos possidet, metit, laborat, vel fructus percipit aut proventus.
> Somma II, 34, § 7: Saisitus aliquis dicitur, cum per ipsum vel nomine ipsius vel ad opus ipsius saisina dicitur. Unde patet, quod firmarii, prepositi, senescali, et huiusmodi, licet terras excolant, proventus percipiant, sub nomine tamen est et ad opus alienum et auctoritate eius qui possidet. Ille enim dicitur rem possidere, cuius imperio seu auctoritate res ipsa tractatur.

Ebenso darf umgekehrt die Querel nicht gegen den gerichtet werden, qui non tenet nomine proprio, sed alieno, sicut procurator, custos, firmarius, servus: Fleta, IV, 10, 7. IV, 11, 1. Vergl. oben S. 221. Die Beziehungen zwischen Grundherrn und Hörigen sind wie bemerkt dem betreffenden Rechte völlig entzogen,

> Fleta, IV, 3, 4: Item nec villano sub potestate domini existenti de villenagio contra dominum suum (querela nove disseisine competit). Britton, ch. 43: Le villeyn ne purra jammes recouerer encountre son seigniour etc.

Der Herr seinerseits bedarf der Querel nicht gegen seinen Zinsmann etwa wegen verweigerter Zinse und Dienste (de servitio detento), weil nach Fleta, IV, 3, 13, districtio sufficiat et non sit vetita.

Der Lehnsbesitz muss weiter ein fehlerfreier Besitz gewesen sein. Darauf geht der in Somma II, 31, § 14 enthaltene Ausdruck quomodo habebatur (saisina), der in der Fortsetzung dieses § so erläutert wird:

> Si quis saisinam requisierit, quam vi vel violentia subintraverit vel a tali receperit qui nichil feodi habebat in eadem, si ita sit recognitum, talis saisina

non est reddenda requirenti, cum sit omnis violenta vel furtiva processio detestanda. Violenta autem dicitur possessio, quae nullo jure, sed contra jus vi vel violentia occupatur, ut si quis alium a domo vel agro vel aliqua alia saisina sua vi vel violentia extramiserit et ipse expulsus eam sine vi et violentia rehabuit. Huiusmodi saisina non est reddenda si requisierit expulsori.

Assis. Normann. Warnk. II, UB. S. 50 (Etablissements, p. 91): Si violentus petat saisinam suam, inquirendum est, antequam reciperet possessionem, an violentus habuit tempore quo capta fuit, et si inveniatur violenta, non recuperat.

Wir haben hier wieder eine auffallende Analogie mit der Einrede der Vitiosität beim interdictum uti possidetis. Die saisina darf weder violenta noch, wie § 15 beifügt, furtiva sein: violenta, d. h. mit Gewalt entrissen, furtiva, von einem erworben, der sie vom frühern Besitzer hatte und unter Vertrauensmissbrauch entfremdete. Dem Belangten aber, der dem Querulanten diesen Einwand entgegenhält, hilft solche Einrede nur dann, wenn er selber saisinam sine vi rehabuit, also Eigenmacht und Gewalt des Beklagten, wodurch er sich wieder in Besitz gesetzt hat, heilt die Vitiosität des klägerischen Besitzes. Die vitia ferner werden erst in Folge exceptionsweiser Geltendmachung durch den Beklagten berücksichtigt, so dass nicht die Fehlerfreiheit des Besitzes vom Querulanten, sondern die Vitiosität vom Beklagten muss bewiesen werden, oder um mehr in einer dem Process jener Zeit entsprechenden Ausdrucksweise zu reden: wenn die Jury sich mit Nichtwissen über die Beschaffenheit des Besitzes erklärt, also über Vitiosität oder Fehlerfreiheit keinen Wahrspruch bilden kann, so siegt der Kläger und erhält er den Besitz zurück:

Somma, II, 31, § 16: Si saisina fuerit recognita et modus et qualitas saisinae per juratores in

non scire redigantur, dessaisiato sua restituetur saisina.

Einen originellen Beleg dazu giebt Delisle No. 390 (a° 1226): Inquisitio utrum crassus piscis qui captus fuit apud Oistrehan venit in terra abbatissae Cadomi per vim hominum vel per ductum aquae maris. Die Jury erklärt, der Fisch sei ihnen auf dem Land der Aebtissinn von dieser vorgezeigt worden, wie er aber dorthin gekommen sei, wüssten sie nicht. Darauf judicatum est, quod abbatissa habeat saisinam suam.

Die zwei bisher besprochenen Erfordernisse der qualitas (Lehnsbesitz in eigenem Namen) und des quomodo (der Fehlerfreiheit) finden guten Ausdruck in der Formel: nomine suo seisitus in feodo per bonum ingressum (Fleta, III, 7, 1).

Damit eine dessaisina diese Querel verschaffen kann, muss sie eine nova sein. Die englischen Quellen haben hiefür keine bestimmte Frist, sondern rechnen seit der letzten Abwesenheit des Königs in Normannien, ultima transfretatio regis in Normanniam. Diese Berechnung knüpft wohl an eine Zeit an, wo die königlichen Besuche in der Normandie noch öfter stattfanden, sodass zwischen dem einen und dem andern kein grosser Zeitraum lag und es daher passend erschien, dieselben zum Ausgangspunct für die Frische der Verletzung zu nehmen, um so passender, als gerade diese Gelegenheiten, wo viele Herren in Begleit des Königs ausser Landes waren, zu dergleichen Besitzusurpationen Manchem einen guten Anlass boten; die Meinung war dann eben: es sollen sofort nach der Rückkehr des königlichen Hofs die Herren, die in ihrer Abwesenheit Besitzstörungen erlitten haben, dagegen Klage erheben und nicht warten, bis sie dem König wieder nach der Normandie folgen müssen, sonst ist die Klage verjährt. Für die querela de antecessoris saisina dagegen ist massgebend die coronatio regis in der Weise, dass der Entscheid davon abhängt, si obiit antecessor post primam coronationem meam, oder si iter versus Hierusalem

vel versus sanctum Jacobum, in quo itinere obiit, arripuerit post primam coronationem meam, oder si habitum religionis assumpsit post primam coronationem meam. So Glanvilla, XIII, 3, 4, 6, 33, 35 ss. Aber schon zu Glanvillas Zeit wurden die Besuche des Königs in der Normandie seltener, und seit der Vereinigung dieses Landes mit Frankreich konnte kein Grund mehr bestehen, darnach zu rechnen. Jetzt wurde der Ausgangspunkt die prima transfretatio domini Henrici regis patris regis Eduardi in Vasconiam und für die Querel de antecessoris saisina die coronatio regis H. patris regis E. So Fleta, IV, 5, 14.

Das normannische Recht selbst konnte natürlich diese Zeitbestimmungen nicht brauchen, es erhebt sich zu der abstracten Jahresfrist: die Querel muss angestellt werden innert Jahr und Tag seit der Spoliation, resp. seit dem Tode des Erblassers.

Somma, II, 32, § 2: Cum infra diem et annum post disseisinam factam moveri debeant super hoc questiones.

ib. II, 29, § 16: Sciendum est quod si supradicta postquam evenerint nullo tamen super hoc justiciario querimonia deportata fuerit per spatium diei et anni, nulla super hoc recognitio nove dessaisine ulterius est sustinenda.

ib. II, 34, § 3: Notandum est, quod nullus annos discretionis jam attingens hanc recognitionem habebit, nisi breve ceperit infra diem et annum, quo antecessoris illius mors fuerit communiter publicata, cuius saisinam nititur obtinere.

Statuta Normann. (Warnk. II, UB. S. 31, Etablissements, p. 54): Si alicui difforciatur hereditas antecessoris sui, infra annum poterit conqueri deforciationis.

Von dieser Bestimmung tritt auch hier die bekannte Ausnahme des germanischen Rechts ein, dass im Fall echter Noth des Verletzten die Jahresfrist nicht mit der dessaisina

zu laufen beginnt, sondern erst mit Aufhebung des Hindernisses, also für den Abwesenden mit der Rückkehr (aus dem Kreuzzug, von der Wallfahrt), für den Minderjährigen mit erlangter Mündigkeit: Somma, II, 30, § 1. II, 34, § 3 u. 5.

Die Entscheidung des Processes hängt davon ab, ob der Kläger wirklich im Augenblick der behaupteten Dejection besessen oder, falls darüber Zweifel bestehen sollten, die nachweisbar letzten Besitzhandlungen vorgenommen habe. Darum sagen die Quellen, die Recognition der Jury gehe darauf, wer den letzten Besitz vor der Spoliation gehabt habe:

Statuta Normanniae, S. 11: quis de terra ultimam habuerit saisinam.

Etablissements, p. 16: li quiex en ot la derrenière sésine.

Dies findet nun einen sehr characteristischen Ausdruck durch Anknüpfung an uralte volksthümliche Anschauungen. Ob einer im Besitz eines Guts oder einer Rechtsame ist, erkennt man am besten am Bezug der Früchte, resp. Einkünfte: wer auf einem Grundstücke ungehindert die Ernte einheimst, ist unzweifelhaft Besitzer desselben. Die dreijährige Bewirthschaftungsperiode der alten Zeit bildet den Ausgangspunct; noch das spätere englische Recht enthält den Ueberrest davon in der Bestimmung, dass der eigenmächtige Besitzeintritt nicht mit dreifachem Ersatz und Busse an den König belegt ist, wenn der Entwerer oder sein Vorfahr schon drei Jahre in ruhigem Besitz war (Gundermann, S. 328). Das normannische Recht hat die drei Ernten schon fallen lassen und sich mehr dem Termin der deutschen rechten Gewere genähert. Hier macht sich also das Amtsrecht das Volksrecht dienstbar, d. h. es benutzt die Zeitbestimmungen des Volksrechts, um seine neue Rechtsbildung in das Rechtsleben einzufügen. Und zwar so: die Erntezeit resp. die Verfallzeit der Leistungen aus Rechtsamen, giebt den regelmässigen Anlass zu Handlungen, welche sich als Besitzstörung oder Dejection darstellen, sei es dass man

verhindert wird, die Ernte abzuführen, sei es dass der Pflichtige die Leistung verweigert. Von dieser Voraussetzung aus gewinnt das normannische Recht vorerst den Anfangspunct für die Berechnung der eben besprochenen Jahresfrist: als die hiefür im Zweifel massgebende Dejectionshandlung wird die im letztverflossenen Monat August, d. h. bei der letzten Ernte erfolgte Streitigkeit angesehen; zu dieser Annahme wurde man auch wohl dadurch gedrängt, dass je genauer man auf Einhaltung der Jahresfrist für Anstellung der Querel hielt, desto wünschenswerther es erschien, den Anfang derselben von einem auffallenden Ereigniss zu datieren, und ein solches war das Schneiden und Abführen der Bodenfrüchte durch den Gegner, das vielleicht mit Gewaltthätigkeit gegen die Dienerschaft des Querulanten war verbunden gewesen; dergleichen blieb auch der Nachbarschaft, aus der die Jury bestellt wurde, nicht unbekannt, und so bildete sich der Gebrauch, hauptsächlich von dem Augustmonat an, wo solche Irrungen vorgekommen waren, die Berechnung der Jahresfrist anzufangen, mochten auch schon früher oder noch nachher dergleichen Streitigkeiten vorgekommen sein. Für die Frage aber, wer damals wirklicher Besitzer gewesen sei, hatte man dabei noch keinen Anhaltspunkt, denn beide Parteien mochten eben behaupten, sich nur für ihren Besitz gewehrt zu haben. Für den Entscheid dieser Frage sah man auf die vorjährige Ernte: ob der Querulant wirklich vor der von ihm behaupteten Dejection Besitzer gewesen sei, war davon, dass er im vorjährigen Augustmonat, in der vorletzten Ernte, den Besitz gehabt und die Feldfrüchte eingeheimst hatte, regelmässig abhängig. Regelmässig, aber nicht nothwendig; denn wenn die Jury von späterer Besitzübung des Klägers Kenntniss hatte, so hielt sie sich an diese und gieng nicht auf den vorjährigen August zurück, daher die Weisung an die Jury sagt (Somma, II, 31, § 10): recognoscite utrum Getus ad ultimum augusti v e l p o s t habuit saisinam illius terre. Demgemäss schliesst die An-

knüpfung der Dejectionshandlung und der letzten Besitzübung an die Monate August nicht aus, dass die Jury einen andern ihr genügend feststehenden Zeitpunkt zum Ausgang ihres Wahrspruchs nimmt, sie ist nur ein in den meisten Fällen gewiss sehr erwünschtes Aushilfsmittel zur Vermeidung der einen Wahrspruch hindernden Meinungsverschiedenheit der juratores: wenn über einen anderen Moment als die Ernte, etwa die Feldbestellung, Uebereinstimmung vorlag, so galt der bezügliche Spruch wohl sicher zu Recht, wenn aber jeder Geschworene einen andern Monat angab, so mussten sie, um einen Wahrspruch zu erzielen, auf den August abstellen. Ueber diesen Termin ist hauptsächlich noch zu vergleichen:

> Somma, II, 29, § 11: De terris autem, in quibus fructus ad augustum colliguntur, fit recognitio de ultimo augusto ante istum, eo quod dessaisitus est in isto, qui saisitus erat in precedenti vel tempore intermedio, cum fructuum saisina percipitur in augusto.

Daher Statuta Normanniae S. 13 (Etablissements, p. 20):

> recognoscetur cuius quis saisinam utrum inde habuerit ultimo augusto.
>
> Assis. Normann. S. 50 (Etabliss. p. 93): Petimus saisinam augusti preteriti.

Das passt freilich nur bei Grundstücken und solchen Rechtsamen, die jährlichen Ertrag abwerfen, nicht dagegen bei Einkünften, welche in längern Terminen oder unregelmässig erhoben werden. Bei solchen handelt es sich daher nicht um den ultimus augustus ante istum, sondern um die ultima prestatio ante istam, in qua dessaisina fit:

> Somma, II, 29, § 12—15: De redditibus debent fieri recognitiones de ultimo termino ad quem redditus solvi statuuntur ante istum, qui ultimo preteriit, in quo dessaisina fit cum redditus contratenetur, ut si terminus persolvendi redditus sit ad natale, debet fieri inquisitio per breve de ultimo natali ante istud . . .

De auxiliis tercionariis, que de tercio anno in tercium colliguntur, inquisitio debet fieri, utrum querelans de ea erat saitus ad proximum seu ultimum terminum ante istum quo auxilium istud fuit collectum. Similiter de servitiis que ex casu sive gracia eveniunt, ut diruptiones exclusarum, innovationes fossetorum, reparationes domorum, ad quorum reparationem servitia consueta requiruntur. Que si negata fuerint, recognitio debet fieri de eis de ultima diruptione ante istam vel renovatione vel reparatione.

Bei der Querela de antecessoris saisina dagegen tritt an Stelle dieser Untersuchung über Besitz im letzten August vor der Dejection die Cognition, ob der Erblasser am Tage seines Todes im Besitz gewesen ist:

Arreste Scacar. (Warnkönig, S. 73): Eustachius Calot cepit breve de saisina patris sui. Jurati dixerunt quod pater fuit saisitus ab aliquo tempore, sed nesciebant utrum die quo obiit. Judicatum est, quod qui tenet teneat (Delisle No. 49).

Allgemeiner sagt Somma, II, 34, § 1: utrum Cato erat saisitus in hoc anno, quo obiit, de terra.

Endlich ist noch der Satz festzustellen, dass bei dieser Besitzklage des normannischen Rechts, wie sie keine Einreden aus dem materiellen Rechtsverhältniss zulässt, so auch andrerseits für ihre Begründung Angabe und Nachweis des Besitztitels keineswegs erforderlich ist. Das geht schon aus der Instruction an die Jury hervor:

Somma, II, 31, § 10: Recognoscite, utrum Getus ad ultimum augusti vel post habuit saisinam illius terre, quam vobis monstravit, et quomodo eam habuit et qualem saisinam. Et utrum Cato post dictum terminum eum dessaisiavit de eadem et quomodo.

Das quomodo und die qualitas saisinae bezieht sich, wie wir oben sahen, auf die Fehlerlosigkeit und die juristische Natur des Besitzes, nicht auf dessen Titel, der dabei gar

nicht in Betracht fällt, wie auch in der ganzen Somma nirgends von Prüfung eines solchen die Rede ist. Im Widerspruch damit steht keineswegs der Satz, dass bei der Querel de antecessoris saisina der Erbe seine Erbqualität darthun muss, denn das ist nicht Geltendmachung des Titels für den Besitz des Guts, sondern Begründung der sog. Activlegitimation zur Sache, die in diesem Fall nicht wie regelmässig mit der Klagbegründung eins ist, sondern derselben als Vorfrage vorangeht. Darum wird die Untersuchung der Erbenqualität sofort vorgenommen, und das breve selbst ertheilt die Vorschrift: submone recognitionem utrum sit propinquior ad habendam illius escaetam (Somma, II, 34, § 1). Gleicherweise verhält es sich mit der Frage, ob das betreffende Gut wirklich Nachlassgut oder etwa blos Leibgedinge des Verstorbenen gewesen und daher gar nicht an seinen Erben gelangt sei:

> Somma, II, 35, § 7: Qualitas saisine antecessoris vel disforciationis veritas inquirende sunt. Heredes enim saisinam habere non debent ex hoc, que ex successione hereditatis ad eos non debeat evenire. Modus enim tenendi possessionem frequenter ad alios quam heredes facit devenire. § 8: Si quis enim aliquod feodum ad vitam suam solummodo possideat, talis saisina ad heredes non descendit.

> Delisle, No. 724: Recordatio inter Hugonem de Rotis versus Herveium de Rotis, utrum Ricardus de Rotis, pater eius, fuit saisitus de terra illa quam Hugo ei difforciat, quando iter suum arripuit in Jerusalem, et quomodo ? . . . Dicunt omnes quod Ricardus de Rotis erat saisitus de illa terra, quando iter suum arripuit in Jerusalem, *sicut de propria hereditate sua*. Judicatum est, quod Herveus habeat saisinam suam, et Hugo de Rotis in misericordia pro difforciatione.

Aehnlich Delisle, No. 189. 204,

Ebensowenig widerspricht der Umstand, dass der Beklagte gemäss dem oben S. 370 f. Bemerkten die saisina des Querulanten als nicht qualificiert zur Beschwerde hinstellen kann, obschon hiebei oft eine Untersuchung über Art und Weise des Erwerbs, über den Titel des Klägers unvermeidlich ist. Wenn nämlich bestritten ist, ob Kläger Lehnsbesitz oder Besitz zu firma mobilis [1]) hatte, so muss allerdings vorerst diese Frage erledigt werden, aber das geschieht auch wiederum nicht, weil man nach dem Besitztitel, sondern weil man nach der Beschaffenheit des Besitzes fragt.

Arreste Scacar. (Warnk. UB. S. 83. Etablissements, p. 136): Judicatum est, quod recognitio debet currere, utrum ille qui conqueritur de nova dessesina erat saisitus tanquam de hereditate et tanquam de ferma.

Delisle No. 255: Judicatum est quod recognitio fiat per legales milites et alios homines, utrum Ricardus de Mesnillo erat saisitus ad ultimum augustum ante istum de terra illa de qua homines de Brevilla eum dissaisiaverunt, tanquam de hereditate sua vel tanquam de firma.

Glanvilla, XIII, 28: Quandoque contingit, aliquem tenere aliquod tenementum in vadio, ita quod inde moritur saisitus ut de vadio, heres quoque eius occasione talis seisine querit breve de morte antecessoris versus verum heredem qui adeptus est tenementi seisinam. Et tunc quidem si recognoscatur ab ipso tenente antecessorem ipsius petentis obiisse seisitum, sed ut de vadio et non ut de feodo, tunc quidem et hac de causa pervenitur ad predictam recognitionem.

Somma, II, 31, § 11: Si vero dixerint (juratores), quod Getus habuit seisinam feodalem, et quod Cato eum dessaisiavit, saisina Geto reddenda est et Cato

[1]) Ueber die firma mobilis werde ich im folgenden Paragraphen noch ein kurzes Wort sagen.

emendabit. § 12. Si autem dixerint juratores, quod Getus erat saitus non feodaliter, sed ex prestito vel vadio vel conductione vel quacunque alia racione, que feodum non fecerit requirenti, dum tamen sit terminus quod talis saisina debeat terminari, saisina debet manere possidenti et querulus emendabit.

Indessen weicht das englische Recht von diesem Princip ab, indem es die Angabe des Besitztitels von Seiten des Klägers als nothwendig betrachtet. Die englischen Rechtsbücher des 13. Jahrhunderts verlangen, dass der Kläger nachweise, quo titulo er besitze. Da gerade daraus unrichtige Consequenzen auf das Princip der englischen Seisin sind gezogen worden, so werde ich anhangsweise am Schluss dieses Capitels die meiner Ansicht nach richtige Erklärung zu entwickeln suchen.

§ 29. Der Besitzprocess im französischen Recht.

Dass die possessorischen Klagen und der Besitzprocess, wie sie sich aus den französischen Quellen des 13. Jahrhunderts ergeben, mit den normannischen Grundsätzen die vielfachsten Bezüge haben, wird auf den ersten Blick klar; dass sie aber dem normannischen Recht geradezu entlehnt sind, wird nicht zu behaupten sein[1]). Die Vorbedingungen dieser Neugestaltung, zumal das Inquisitionsrecht und die Inquisitionsgewalt, waren in Francien so gut als in der Normandie vorhanden; doch ist nicht zu verkennen, dass das schon im Anfange des 13. Jahrhunderts ausgebildete normannische Recht der possessorischen Klagen seit der Vereinigung der Normandie mit Frankreich einen starken Einfluss üben musste. Unläugbar hat dasselbe in Bezug auf das

[1]) Aber noch weniger wird ihre Continuität mit dem römischen Recht zu erweisen sein, wie Parieu, Etudes, p. 82 ss. annimmt, freilich unter Verwendung von Capit. Bened. II, 161, einer aus lex Visig. VIII, 1, 2 entnommenen Stelle (das decretum divi Marci über Selbsthilfe reproducierend), als wirklichen Reichsgesetzes eines Frankenkönigs u. dgl.

Verfahren den Nachahmungstrieb stark herausgefordert; doch ist auch hierin die französische Rechtsbildung nicht blindlings gefolgt, sondern hat die formale Strenge schon in vielen Beziehungen abgeschliffen, wovon die Folge war, dass auch die Voraussetzungen der Klagen sich vielfach anders gestalteten, wie z. B. der Firmar gegen den Eigenthümer schlechtweg die Querel erhielt, die das anglo-normannische Recht nur dem Eigenthümer gegeben hatte. Ich werde so gut als es die hier geforderte Kürze der Darstellung zulässt, den Einfluss des normannischen Rechts namhaft zu machen suchen[1]).

Der französische Besitzprocess hat wie das Gebiet Frankreichs selber seinen Ausgangspunct von bescheidenen Anfängen genommen. Er konnte eben ursprünglich nur so weit gelten als das domaine und die cour du Roi reichte, d. h. im alten Herzogthum Francien und einigen damit verbundenen Herrschaften[2]); erst allmählig im Lauf der Zeit gewann die Curia Regis eine ordentliche Gerichtsgewalt über die als pays de non-obéissance le roi bezeichneten Lehnsgebiete. Das französische Recht, das wir in diesem Paragraphen betrachten, ist daher das königliche Amtsrecht, das für das Hausgebiet der Krone aufgestellt, erst spät gemeines Recht Frankreichs wurde. Wie sich aus seinem Character als Amtsrecht ein Conflict mit particulären Gewohnheiten ergeben hat, wäre näherer Untersuchung werth und soll im nächsten Paragraphen eine kurze Andeutung finden.

Zu der Zeit, da in Deutschland die Königsgewalt in die Brüche gieng, nahm sie in Frankreich einen neuen Anlauf

[1]) Ich lasse der Kürze zu Liebe die Quellen des Königreichs Jerusalem unberücksichtigt; ich darf das um so eher, weil 1. sie auf die Entwicklung des heimischen Rechts keinen Einfluss geübt haben, 2. zuerst zu untersuchen wäre, inwiefern sie reines französisches Recht enthalten und nicht vielmehr als Mischung fränkischer, normannischer und südgallischer Rechtsanschauungen zu betrachten sind, entsprechend dem hier zusammengeworfenen Adel aus allen Gebieten.

[2]) Vergl. Anschütz, Ueberblick über die Geschichte der altfranzösischen Gerichtsverfassung. Zeitschr. für Rechtsgeschichte, V, S. 256 ff.

zu weiterem Aufsteigen. Die mächtige Regsamkeit, welche unter Ludwig IX, dem Heiligen, nicht ohne Einfluss der rechtsgelehrten Umgebung des Königs, in die Rechtsbildung gerieth, hat zugleich sich aus der königlichen Autorität entwickelt und ihrer Stärkung gedient, und nur mit Widerstreben haben die Vasallen sich ihr bequemt. Das zeigt auch die uns beschäftigende Seite, der Besitzschutz. Dieselben Tendenzen, wie sie in England und in der Normandie die Besitzklage hervorriefen, waren auch in Frankreich wirksam. Während in Deutschland das Faustrecht neu emporwuchert, darf der französische König aus den Gerichten seines Hausgebiets sogar den Zweikampf verbannen und für violentiae eine von den Zufälligkeiten grösserer Macht und grösseren Einflusses unabhängige Procedur einführen. Die Etablissements de St. Louis I, 2 enthalten die Bestimmung, welche die Duelle aufhebt. Darnach tritt auch in Besitzstreitigkeiten an Stelle des Zweikampfs die recognoissance der Nachbarjury, welche dadurch zum regelmässigen Beweismittel über den Besitzstand vermöge der inquisitio oder wie sie jetzt heisst der inquesta, enquête geworden ist. Interessante Belege dazu geben die unter dem Namen der Olim bekannten Parlamentsacten.

Olim, I, p. 491, No. 7 (a°. 1260): Cum Matheus li Voiers miles consuevisset percipere V solidos in quolibet duello quod fiebat in curia domini Regis in Corbonesio, antequam dominus Rex de domaniis suis amovisset duella, propter quos V solidos tenebatur custodire campum duelli, . . . petebat M. quod faceret Rex inde sibi restitutionem vel quod posset percipere istos V solidos in inquestis que fiunt in curia Regis in Corbonesio loco duelli.

Olim, I, 667 No. 8 (a°. 1267). Ein Kloster weigert sich an den königlichen Vogt die Hälfte der Gefälle, welche von den in seinem Gericht statt-

findenden Zweikämpfen eingehen, zu zahlen, da der König die Duelle auf seinem Land abgeschafft habe. Es wird aber dazu angehalten, cum etiam gentes Regis Priorem monasterii de violentia custodiant.

Vergl. auch Olim, I, 494, No. 12.

Die Beseitigung des Duells galt nur für die königlichen, nicht für die lehnrührigen Gerichte. So mochte auch wohl der damit in Verbindung stehende neue Besitzprocess nur als für jene gültig betrachtet werden. Aber schon von Anfang an tritt in ganzer Schärfe das Streben hervor, die Besitzklagen durchweg der Prärogative der königlichen Gerichte zu unterstellen: die Krone nimmt die ausschliessliche Competenz zu deren Entscheidung in Anspruch. Die novae disseisinae werden als Friedbrüche, violentiae, forcia, somit als vom königlichen Bann betroffen neben die hohen Fälle des placitum mortis, mutilacionis membrorum und mulieris difforciatae gestellt:

Olim, I, 76 No. 30. 580 No. 13. 743 No. 11. II, 43, No. 29.

Der Widerstand der Lehnsgerichtsherren wurde allmählig gebrochen. Während 1271 dem Bischof von Beauvais noch die justitia super nova dissaisina für seine Gerichte zugestanden wurde, wahrte man gegenüber weltlichen Herrn, wie dem Grafen von Soissons, das königliche Recht.

Olim, I, 814 No. 2. 881 No. 38. II, 56 No. 10. 79 No. 5. 156 No. 7.

Wie in der Normandie, so erwächst auch in Frankreich das Recht der possessorischen Klagen wesentlich aus nationalen Grundlagen. Vom Einfluss des römischen Rechts ist nichts zu bemerken, wenn schon der Conseil des P. de Fontaines glauben machen könnte, das französische Recht sei damals schon völlig romanisiert gewesen. Das vernichtende Urtheil Savignys (Gesch. des R. R. im MA. V) über De Fontaines ist nicht zu streng; das geistlose Verfahren dieses Schriftstellers tritt in unserer Materie grell zu Tage, sowohl

in seiner Verwendung römischer Sätze über force und interd. U. V. (z. B. XV, 65, 75), als in seinen Hindeutungen auf germanistische Gedanken (z. B. XXI, 43). Am bemerkenswerthesten ist XXXII, 17, wegen des Hinweises auf die Entstehung des französischen Possessoriums: vor dem königlichen baillif del païs finden die Processe über force und dessaisine statt, denn ihm steht es zu, die Gewalt aufzuheben, dagegen der Eigenthumsprocess gehört vor den Herrn, von dem das Gut herrührt.

Die Etablissements de St. Louis selbst sind besonders kurz über die Besitzklagen; I, 65, von der querela novae dissaisinae handelnd, spricht einlässlicher blos von der recréance, und giebt nebenbei eine nicht unwichtige Erläuterung des quomodo im normannischen Recht; wie dieses es erklärt durch nec vi nec clam, so die Etablissements durch au seû et au veû. Ebenso dürftig ist II, 4 über die Besitzklage des Erben behufs Gewinnung der saisine d'héritage. Nach diesem zweifachen Klaggrund, der nova dissaisina und der saisina antecessoris, ist auch hier wie im normannischen Rechte die Besitzklage unterschieden, ohne dass es der Annahme bedarf, dass eine blose Nachahmung der Normandie vorliege, da sich diese Eintheilung auf die zwei Erwerbsgründe der saisine zu natürlich anpasst. Auch ist kaum zu bemerken nöthig, dass der Besitzklage des Erben ebenfalls eine nova dissaisina zu Grunde liegt, nur nicht gegen ihn persönlich verübt, sondern an dem Nachlassgut. Die livres de Jostice et de Plet (XIX, 44, § 6) sprechen auch nur ganz kurz von der Klage, aber doch mit Namhaftmachung ihrer zwei Arten:

> Se aucuns se plaint que l'en l'ait désesi ou demande la sesine son père etc.

Reicher fliesst die Quelle der Olim. Diese ergeben vorerst die strenge Trennung von possessorium und petitorium; regelmässig wird ausdrücklich erwähnt, es werde nur entschieden, quantum ad saisinam dicitur, super possessorio

solum pronuntiatum, salvo jure proprietatis, salvo judicio ordinario u. dgl.

Olim, I, p. 4. 76. 288. 355. 452. 476. 515. 542. II, 58, 67, 72, 112, 162 etc.

Weiter umfasst die nouvelle dessaisine wie in der Normandie sowohl Dejection als blose Störung, ja die Besitzentsetzung ist rechtlich betrachtet blose Störung, weil man durch sie die Gewere nicht verliert. Dem deutschen Grundsatz, dass wem man seine Gewere mit Gewalt nimmt, der die Gewere nicht verliert, entspricht der französische in den Rechtsquellen vielfach ausgesprochene:

Fontaines, XXI, 50: On ne doit mie pleider desseissiz.

Etablissements de St. Louis, II, 6.

Anciens usages d'Anjou § 107 (cfr. § 90): Il est usage que toz désèsiz doit avoir la sèsine ou plège quant il la requiert, quar nul ne doit répondre désèsiz à chef de querèle.

Beaumanoir, XLIV, 51.

Livre des droiz, 47. 74. 88 (106. 155. 211. 709).

Wir werden noch sehen, welch starken Ausdruck das französische Recht später dem Gedanken gegeben hat, dass der Dejicierte rechtlich noch in Geweren ist. Auch die Olim trennen nicht dessaisina und turbatio, beides ist rechtlich dasselbe. Ein Fall bloser Besitzstörung ist z. B. enthalten in Olim I, p. 930 (No. 19): Beklagter hat das Wasser gestaut und dadurch den Betrieb der Mühle des Klägers gehindert, dieser klagt wegen nova turbatio, das Urtheil nennt den Fall nova forcia, was sowohl Besitzstörung als Besitzentsetzung umfasst. Auch sonst wird die Gleichheit von turbatio und dessaisina hervorgehoben: Olim II, 232 No. 18 heisst es von einer Klage super nova perturbatione justitie alte et basse, dass lapsus anni super nova perturbatione seu dessaisina neutri parti prejudicare possit. Olim II, 58 No. 15 braucht die Ausdrücke desaisina und impedimentum identisch;

II, 61 No. 3 ist forcia und desaisina zusammengestellt, ebenso II, 79 No. 5 und 156 No. 7. In Erinnerung an die Bemerkung auf S. 311 f. kann hier erwähnt werden, dass gerade die in den Olim verhandelten Streitfälle eine Unterscheidung zwischen Besitzstörung und Besitzentsetzung unerheblich, ja unmöglich machen; denn sie betreffen meist den Besitz von Rechtsamen, saisina franchisiae (I, 86; II, 57), chaceiae s. garennae (I, 425; II, 175, 312), manus mortuae (I, 476; II, 112), decimae (I, 743; II, 206), justitiae (I, 934; II, 80. 139. 208. 324; III, 3, 973), usagii (I, 4; II, 58. 72. 153. 247), libertatis ab oneribus (II, 67. 600), majoriae (II, 69), beneficia conferendi (II, 106), arrestandi (II, 112), tallias percipiendi (II, 162. 182. 183. 195. 199. 500), appellandi (II, 219), ponderandi (II, 279), non solvendi talliam (II, 304), annui redditus (II, 414; III, 1321), coram rege respondendi (II, 490) u. s. w. Wer konnte oder wollte bestimmt sagen, ob er aus dem Besitz einer Jagd-, einer Weidegerechtigkeit, der Steuererhebung, des Gerichtsstands vor dem König völlig dejiciert oder blos darin gehindert sei? Es war Gewalt gegen ihn geübt worden bei einzelnen Jagd-, Nutzungsfällen u. dgl., die Aussicht mochte nahe liegen, dass sich die Gewaltthätigkeit bei erneutem Versuch wiederhole, aber bestimmt konnte in solchen Fällen nicht gesagt werden, ob blose turbatio, ob förmliche dejectio vorliege. So wurde man auch von dieser Seite zu der Vermischung von Störung und Entsetzung beinahe genöthigt.

Die Voraussetzungen der Querel sind insofern von denen des normannischen Rechts verschieden, als das Requisit des Feudalbesitzes nicht festgehalten ist; hierüber wird uns Beaumanoir noch Gelegenheit zu näherer Bemerkung geben. Dagegen in andern Richtungen finden sich manche Anklänge. An Somma II, 31 § 14 erinnert Olim, I, 144 No. 10:

> Inquesta facta ad sciendum in qua saisina erat comes Attrebatensis tempore, quo iter arripuit transmarinum, de garda S. Austreberte. Item inquirendum est si rex usus fuit et quomodo et a quo tempore de dicta garda.

Die Enquete wurde in erster Linie darauf gerichtet, ob überhaupt und auf wessen Seite eine Gewere vorliege.

Olim, I, 109 No. 74: Utrum Guodinus de S. Germano consueverit solvere censum masure sue de S. Germano priori eiusdem loci.

Olim, II, 279 No. 1: Quia probatus fuit usus mercatorum a quadraginta annis descendendo usque ad tres, et nichil sufficiens probatum fuit pro Galtero, pronuntiatum fuit quod mercatores remanerent in saisina ponderandi ad pondus suum.

Klagt der Erbe wegen Verletzung der saisina hereditaria, so hat die Inquesta zu constatieren, ob der Erblasser im Augenblick des Todes die Gewere hatte: utrum mater erat saisita, quando obiit, de terra quam petit filius (Olim, I, 23 No. 4); utrum erat in saisina tempore quo decessit (Olim, I, 98 No. 14. II, 364 No. 29). Angabe und Nachweis des Besitztitels ist nicht erforderlich, man untersucht nur die nova dissaisina.

Olim, II, 212 No. 30: Ballivus vocatis secum scabinis et aliis viris idoneis ibit super loca, de quibus est contentio, et si invenerit novas desaisinas, eas de plano expediet, faciendo loca resaisiri.

Petitorische Einreden werden daher auch nicht berücksichtigt, sondern der Verhandlung über das Recht an der Sache vorbehalten:

Olim, I, 452, No. 16: Cum certum sit, quod Imbertus sit proximior heres, non obstante exceptione Gaufridi de dono sibi facto, Imbertus habebit saisinam et de proprietate fiat jus coram domino feodali.

Aehnlich I, 494, No. 13.

In einer Menge von Fällen übrigens, zumal wo es sich um Rechtsamen handelt, war Erwerbstitel anzuführen und nachzuweisen kaum möglich, und daher die Ermittlung des Besitzstandes durch die inquesta so gut als definitive Erledigung der Sache.

Dass innert Jahresfrist seit der Dessaisina resp. dem

Tode des Erblassers muss geklagt werden, tritt in den Olim nicht gar oft hervor, hat aber wohl von Anfang an gegolten. Das folgt z. B. aus de Fontaines XIV, 4; auch

Olim, I, 230 (No. 2): si ille qui dicit quod proximior est illius cuius fuit nova eschaeta, infra annum et diem, etc.

Olim, II, 232 No. 18: Est actum inter eos, quod lapsus anni super nova perturbacione seu desaisina neutri parti prejudicare possit.

Die assises de Jérusalem haben allerdings hier die alte fränkische Gerichtsfrist der 40 Tage.

Ich habe bisher die Hauptquelle des 13. Jahrhunderts über den Besitzprocess, Beaumanoirs Coutumes du Beauvoisis, absichtlich nicht berührt. Es besteht nämlich die gemeine Meinung, dass Beaumanoirs Darstellung auf neuen Rechtsgrundsätzen beruhe, die durch ein Gesetz aus der Zeit nach Ludwig IX. seien aufgestellt worden, und man beruft sich dafür darauf, dass mehrmals auf l'establissement que li rois a fait de noveles dessaisines, une novele constitution que li rois a fete en le maniere qui ensuit Bezug genommen ist (so VI, 10. XXXII, 1. 3. 28. 29). Man vermuthet daher, dass ein Gesetz Philipps des Kühnen, Nachfolgers Ludwigs IX, gemeint sei, das uns dann freilich verloren wäre. Obschon ich nun allerdings die auf eine novele constitution gestützten Sätze von XXXII, 28 und 29 nicht in den Etablissements de St. Louis speciell nachweisen kann, so vermag ich doch nicht an ein uns verloren gegangenes Gesetz zu glauben. Ist schon an sich das Verschwinden eines so wichtigen Gesetzes im Hinblick auf den Reichthum der uns aus jener Zeit erhaltenen Quellen mehr als unwahrscheinlich, so wird man doppelt misstrauisch dagegen, wenn man wahrnimmt, dass Alles, was Beaumanoir mittheilt, sich in voller Harmonie mit den Olim aus Ludwigs Zeit befindet, und dass die ersten Besitzprocesse der Olim aus den Jahren 1257 ff. mit den letzten aus dem Anfang des 14. Jahrhunderts übereinstimmen.

Ich glaube, dass abgesehen von § 28 der Ordonnance Philipps von 1277, der mit Beaumanoir XXXII, 4 i. f. übereinstimmt, nur die Etablissements de St. Louis in Betracht kommen können. Die Bezeichnung nouvelle spricht nicht dagegen, denn im Jahr 1283, wo Beaumanoir sein Werk schrieb, konnte wohl eine kaum 20 Jahre alte Constitution, zumal die eine so wichtige Neuerung eingeführt hatte, noch neu heissen (wir in der Schweiz sprechen jetzt noch von der neuen Bundesverfassung von 1848, die Zürcher von ihrem neuen privatrechtlichen Gesetzbuch v. 1854). Direct für meine Annahme spricht, dass das durch Ludwigs IX. Reform eingeführte Verfahren geradezu als der Process selonc l'establissement le roi dem alten volksrechtlichen, coutumiären Verfahren entgegengestellt ist. Da diese Reform im Besitzprocess besonders wirksam war, so ist die Berufung darauf gerade bei dieser Gelegenheit sehr erklärlich.

Es ist diese Frage darum von Interesse, weil, wenn die hier geäusserte Ansicht richtig ist, die Darstellung Beaumanoirs uns zeigt, wie die in Bezug auf den Besitzprocess dürftige Gesetzgebung durch Theorie und Praxis ist ausgefüllt worden. Beiden musste aber die Normandie mit ihrem reich ausgebildeten System das nächste Vorbild werden. Kann man nun freilich annehmen, dass auch ein Gesetz sich das normannische Recht zum Muster genommen hätte, so ist doch andrerseits nicht zu übersehen, dass die Praxis, sich selbst überlassen, hierin freier vorgehen konnte. Ein enger Anschluss an das normannische Recht war denn auch schon dadurch nahe gelegt, dass die Cour royale, wie die Olim zeigen, viele Fälle aus der Normandie zu entscheiden hatte und so in nahe Berührung mit dem dortigen Recht kam. Entschieden scheint mir nun von normannischem Recht beeinflusst die Art und Weise, wie Beaumanoir von der bei ihm zuerst grundsätzlich erwähnten Voraussetzung des Jahresbesitzes spricht. Es wird nämlich hier, meines Wissens zuerst, immerhin als durchaus feststehender Rechtssatz, zur Klage wegen

nouvelle dessaisine erforderlich erklärt, dass der Querulant vor der Dejection während Jahresfrist in ruhigem Besitz gewesen sei: er soll avoir esté en saisine an et jor pesivlement (XXXII, § 2, 3, 7). Das ist nichts anders als eine abstractere Wendung des normannischen Satzes, dass der letztverflossene Augustmonat vor der Dejection massgebend sei für die Zuerkennung des Besitzes [1]). Da dieses Recht als gewöhnlichen Fall den der Dejection zur Erntezeit im Auge hat, so kommt es auch auf die Jahresfrist heraus, wenn derjenige, welcher in der Ernte vorher als ruhiger Besitzer den Bodenertrag eingeheimst hat, als klagberechtigter Besitzer aufgestellt wird. Also: wenn einer die Querel anstellte, weil er im August 1248 sei dessaisiert worden, so wurde schon nach normannischem Recht untersucht, ob er im August 1247 in ruhigem Besitz gewesen sei. Das ist aber nichts anders als Besitz von Jahr und Tag, den Kläger gehabt haben muss. Das französische Recht hat diese abstracte Frist in der That aufgenommen, aber wie sehr man hierin dem normannischen Recht folgte, zeigt Beaumanoir dadurch, dass er in § 23 gerade als Beispiel den Fall aufstellt, wo Kläger, der im März einen Acker in Besitz genommen hat, und im darauffolgenden August bei der Hafarernte dejiciert wird, schliesslich in possessorio unterliegt, weil er im August vorigen Jahres nicht besessen hat. Dass die französische Jurisprudenz zu dieser genaueren Zeitbestimmung übergieng, begreift man nur zu gut, wenn man die Fälle von Besitzstreitigkeiten in den Olim überblickt: die meisten sind nicht dessaisines von Ackerland, sondern von allen möglichen Rechtsamen, wo auf den Monat August nichts ankam und die alte normannische Formel von ultimus augustus ante istum nicht passte. Das normannische Recht hatte auf die fructuum perceptio das Hauptaugenmerk gerichtet, das französische Recht fand dieses Merkmal in einer Menge von Fällen nicht mehr zutreffend

[1]) Ueber andere Erklärungsversuche werde ich im folgenden Paragraphen noch ein Wort sagen.

und verwandelte das ultimo augusto ante istum in den stricten Termin von Jahr und Tag. Mit dieser formelleren, juristischeren Fassung der Frist war nun freilich, sollte nicht ein Missverhältniss und ein Widerspruch mit dem Zweck der Querel eintreten, die Nothwendigkeit verbunden, dem Kläger, der noch nicht Jahr und Tag besessen hatte, die Anrechnung der Besitzzeit seines Vorgängers zu gestatten, so dass z. B. der A, der im März von B ein Gut erworben hatte und im folgenden August von C daraus vertrieben wurde, als Nachfolger des B dennoch jährigen Besitz gegenüber C geltend machen konnte [1]). Weiter mochte diese stricte Frist kein Bedenken haben und selbst wohlthätig wirken in den Fällen, wo in wechselnden Angriffen und Gegenangriffen ein Gut bald von diesem, bald von jenem in Besitz genommen wurde; für diese zwei Streitenden unter sich lag eine gute Basis der Entscheidung in der Beantwortung der Frage, wer von ihnen zuletzt während eines ganzen Jahres ruhigen Besitz gehabt habe, la deerraine saisine d'an et jor pesivlement (Beaumanoir, XXXII, 7), man vermied damit die schwierigen Untersuchungen über die Frage, wer den letzten rechtmässigen Besitz gehabt habe. Dagegen hatte die stricte Jahresfrist, streng durchgeführt, einen erheblichen Uebelstand für alle die Fälle, wo der Erwerber eines Guts vor Vollendung des Jahres von dem Veräusserer selbst wieder war dejiciert worden; da konnte er sich nicht auf seinen Autor berufen, weil dieser sein Gegner war, er musste also der complainte de nouvelle dessaisine verlustig gehen. Das normannische Recht hatte diese Schwierigkeit nicht gekannt, weil es nicht nur die Jahresfrist formell nicht beobachtete, sondern auch das Zurückgehen auf die letzte, resp. vorletzte Ernte nur als

[1]) Darum enthalten die Formeln der complainte im Gr. Cout. 505, 748 und sonst die Worte: tant par luy comme ses prédécesseurs et devanciers, dont il a cause, il ayt esté en bonne possession et saisine. Loysel, § 749 (verbis: par soy ou son prédécesseur). Ein Beispiel der Parlamentsspruch von 1373 bei Henrion de Pansey, Compétence, chap. 41. Dagegen Parieu, Etudes, p. 116.

regelmässiges Aushilfsmittel, nicht als zwingende Nothwendigkeit anerkannte (s. S. 376). Das französische Recht hat sich denn auch zu einem Zugeständniss in dieser Richtung genöthigt gesehen: die Complainte wird auch dem zugestanden, der noch nicht Jahr und Tag besessen hat. Beaumanoir (XXXII, § 22 s.) giebt dafür sogar das Beispiel, dass wenn A den B im März aus dem Besitz vertrieben hat und dann von B im August selbst wieder ist dejiciert worden, dennoch A gegen B die Klage hat und B ihn resaisieren muss, dann aber sofort wieder B dieselbe Klage gegen A anstellen kann und siegen muss, weil er Besitz von Jahr und Tag für sich hat.

XXXII, 22: Aucune fois avient que aucuns est plaintis de novele dessaisine, et proeve qu'il a esté dessaisis de novel, si que il convient qu'il soit resaisis, et après cil qui dessaisi avoit et a resaisi, a bien action de soi plaindre de novele dessaizine de celi meismes qu'il a resaisi par jugement et de le coze meisme dont le resaizine est fete.

Zur Erläuterung dieses Satzes führt Beaumanoir dann das eben citierte Beispiel an, dass wenn Peter im März ein Grundstück in Besitz genommen und bebaut hat, und im August seine Schnitter von Johann aus der Ernte gejagt werden, er zwar mit der action de nouvelle dessaisine gegen Johann Restitution erlangt, dass aber Johann auf Grund seiner derraine saisine d'an et jor seinerseits darauf dieselbe Klage gegen Peter anstrengen kann und siegen muss. Et par cel jugement (nämlich des ersten zu Gunsten Peters), fügt Beaumanoir am Schlusse von § 23 hinzu, pot on veoir que de quelque coze je soie en saisine, et que le saisine soit bone ou malvese, et de quelque tans que ce soit, soit grans ou petis, qui m'oste de cele saisine sans jugement ou sans justice, je doi estre resaisis avant toute oevre, se je le requier.

Was hat nun diese erste Klage (Peters gegen Johann) für einen Character? Alauzet, hist. de la poss. p. 155 und

Parieu, Etudes p. 115 halten sie für eine blos auf Erlangung der Bodenfrüchte, nicht des Besitzes am Gut selbst gerichtete Klage, was aber doch mit dem Text nicht leicht zu vereinigen ist. Manche, so auch Bruns S. 361, halten sie für eine von der action de nouvelle dessaisine verschiedene, und denken sich das Verhältniss so, dass diese letztere die auf Etablissement du Roi beruhende Besitzklage, die erstere dagegen die Spolienklage des canonischen Rechts sei. Das hat sehr viel Ansprechendes, namentlich deutet darauf, dass bei dieser Klage auf die Vitiosität des Besitzes nichts ankommt (que la saisine soit bone ou malvese), während die Fehlerlosigkeit der saisine bei der complainte de nouvelle dessaisine nothwendig ist. Eine Einwirkung des canonischen Rechts ist auch um so weniger unwahrscheinlich, als dasselbe in den Etabl. de St. Louis I, 65 bei dieser Klage, freilich in anderem Bezug, citiert wird. Andrerseits scheint gegen diese Herkunft zu sprechen, dass Beaumanoir beide Klagen nicht unterscheidet, sondern beide gleichmässig action de nouvelle dessaisine nennt. Ueberhaupt befindet er sich dieser Klage gegenüber in einer nicht geringen Verlegenheit und weiss ihr um so weniger abzugewinnen, je mehr er sich abmüht ihr gerecht zu werden, so dass er sich dieser Herkunft kaum bewusst ist. Im Zusammenhalt aller dieser Erwägungen möchte ich folgende Vermuthung äussern. Bei Aufstellung des Requisits ruhigen jährigen Besitzes für die complainte de nouvelle dessaisine konnte man nicht umgehen, von diesem Requisit abzuweichen in dem Fall, wo der rechtmässige Erwerber eines Guts innert Jahr und Tag seit dem Erwerb vom Veräusserer selbst war dejiciert worden; nach dem Vorbild der Spolienklage gab man dann die Klage auch dem unrechtmässig, durch Gewalt, in Besitz Gelangten und innert Jahresfrist wieder daraus Vertriebenen. Während dann im erstern Fall der rechtmässige Erwerber, nachdem er mit dieser Klage wieder in Besitz gelangt war, keinen Angriff mehr auf seinen Besitz zu befürchten hatte, weil der Gegner nicht behaupten konnte,

selbst von ihm dejiciert worden zu sein, musste dagegen im zweiten Fall der Kläger, obschon momentan vom Gericht in Besitz gesetzt, der gegen ihn auf Grund seiner Gewaltthat erhobenen Besitzklage weichen, insofern diese nur innert Jahresfrist seit dieser ersten Dejection erhoben wurde. In der Folge hat dann die réintégrande diese bei Beaumanoir noch unklare Rechtshilfe ersetzt.

Glaubte ich nach der bisher besprochenen Seite (Requisit des klägerischen Besitzes während Jahresfrist vor der dessaisine) im normannischen Recht das Vorbild des französischen sehen zu sollen, so gilt nicht dasselbe hinsichtlich der an die qualitas saisinae gestellten Erfordernisse. Zwar steht auch für Frankreich der Satz fest, dass die Querel dem in grundherrlicher Abhängigkeit Besitzenden nicht gegen den Grundherrn zusteht, der ihm das Gut entzieht: car entre segneur et tenant n'a point de dessaisine, por ce que par moult de resons, pot li sires penre et saizir en ce qui est de li tenu (XXXII, § 8)[1]. Dagegen haben Pfandgläubiger und Firmar, wenn sie vom Schuldner (Eigenthümer) und Verpächter vor der Verfallzeit dejiciert werden, die Klage gegen diesen: XXXII, § 13. Se je li oste le coze le tans durant de son engagement, il (le fermier und cil qui tient par reson de gage) a bien action de nouvele dessaizine contre moi. Warnkönig II, S. 312 erblickt zwischen diesen zwei §§ 8 und 13 einen Widerspruch, den er dadurch zu heben meint, dass er der in § 13 erwähnten action de nouvelle dessaisine den Character einer Contractsklage giebt, was offenbar unstatthaft ist. In der That besteht aber der Widerspruch nicht. Der § 8 spricht von grundherrlichen Verhältnissen, die firma und der Pfandvertrag des § 13 dagegen nicht, sondern von Rechtsverhältnissen, die keine persönliche und

[1]) Grundherrliche Zinsleute haben überhaupt auch gegen Dritte keine Besitzklage, sondern nur ihr Herr; ipsis turbatis dominus turbatur, cum ipsi non possideant, sed potius possideantur a domino, sagt Jo. Faber, Comm. in Institutiones, de interd. Retinendae n. 6.

grundherrliche Abhängigkeit bedingend der Gerichtsbarkeit der königlichen Richter unterstellt bleiben. Von dem Pfandvertrag ist das nicht zu bezweifeln. Aber auch was die firma betrifft, so ist dabei keineswegs an ein innerhalb grundherrlicher Schranken bestehendes Verhältniss zu denken. Ihrer Herkunft nach gehört sie dem englischen Recht an [1]), worüber Wach in seinem Aufsatze: Der Uebergang des Patronatsrechts auf den Firmar (Zeitschr. f. Kirchenrecht, Bd. VI, S. 254—295) reichhaltige Nachweisungen giebt. Der regelmässige Fall scheint der einer Verpachtung der Einkünfte eines Amts auf gewisse Zeit gewesen zu sein (Wach S. 268). So verpachtet à ferme im Jahr 1283 König Eduard I. auf drei Jahre die vicomté d'Abbeville an genannte Bürger von Abbeville (Thierry, Recueil, IV, p. 48). Der Pächter erlangt dadurch ein dingliches Recht. Dass ihm das englische Recht die Klage wegen nova disseisina weder gegen den Verpächter noch gegen Dritte gegeben hat, erklärt sich nicht aus materiellen Gründen, sondern aus formellen: der Wortlaut des Breve passte nicht auf ihn; er erhielt aber ein analoges Rechtsmittel; im § 31 wird das näher dargelegt werden. Im französischen Recht wird das nun aber anders: es hat sich von Anfang an nicht in der streng formalen Weise des anglonormannischen Rechts an die Brevia gehalten, es kennt nicht die verschiedenen Formen der brevia de nova disseisina, de ultima presentatione, de feodo et elemosina, de feodo et vadio, de feodo et firma u. s. w. Der Begriff der saisine wird in Folge davon nicht auf den Lehnsbesitz beschränkt, die saisine du censier z. B. ist für das 14. Jahrhundert ausser Zweifel, so erweitern sich die Voraussetzungen der qualitas saisinae für die complainte de nouvelle dessaisine bedeutend, d. h. es bleibt nicht bei der Voraussetzung der saisina feodalis, sondern auch der Pfandgläubiger, der fermier (Firmar)

[1]) In Deutschland hat das Institut keinen fruchtbaren Boden gefunden. Am meisten nähert sich das sog. Beutellehn wenigstens in einzelnen Anwendungen der firma.

erhalten die Complainte gegen den Eigenthümer, der sie vor der Zeit aus dem Besitz entsetzt. Darauf bezieht sich der § 13 bei Beaumanoir, XXXII, der also neben § 8 seine klare Berechtigung hat und das Gebiet dieses § 8 nicht berührt. Die ferme Beaumanoirs ist nichts anders als die englische firma, ein Pachtverhältniss auf bestimmte Zeit, louage dusqu'à certain terme, aus welcher nach Beaumanoir XXXVIII, 2 auch der Eigenthümer sofort mit Ablauf der Frist die complainte de nouvelle dessaisine gegen den die Rückgabe weigernden Pächter erwirbt, wie sie während der Dauer des Vertrags der Pächter hat, während beides in grundherrlichen Pachtverhältnissen durch XXXII, § 8 ausgeschlossen ist.

Im Uebrigen ist aus Beaumanoir wesentlich Neues nicht zu entnehmen. Dass er auf den ersten Blick drei oder doch wenigstens zwei Arten der Besitzklage aufzustellen scheint, die complainte wegen force, wegen nouvelle dessaisine und wegen nouveau trouble, ist in der That nur scheinbar; die zwei ersten vereinigt Beaumanoir selbst sofort (XXXII, § 4) unter Einem Namen, dem der zweiten. Von der zweiten und dritten Art sagt er zwar VI, 10 und 11: Il a diference entre dessaisine et tourble de sésine, aber diese Verschiedenheit liegt nur in der Klagformel, dort behauptet Kläger: Jehan m'a dessaisi, hier: Jehan me tourble et empeecque; dort verlangt er qu'il soit resaisi, hier que l'empeecement li soit ostés, si ques il puist goïr de se saisine. Für beide Fälle sind in Wahrheit Verfahren und Bedingungen die gleichen. — Dass die Querel innert Jahresfrist seit der Besitzentsetzung (oder Störung) anzustellen ist, tritt nun bei Beaumanoir ganz bestimmt hervor (XXXII, 9. 25). — Die Klage ist reine Besitzklage; wenn der Kläger noch Anderes beimischt, was erst die Frage über das Recht an der Sache angeht, so wird die Klage als Eigenthumsklage angesehen und demgemäss procediert (XXXII, 29). — Wer im Besitzprocess unterliegt, muss innert Jahr und Tag die Eigenthumsklage gegen den

Sieger anstellen; versäumt er das, so hat er jeglichen Anspruch an den Gegner verloren (XXXII, 6).

Die Grundsätze, wie sie Beaumanoir für die Besitzklage darlegt, sind in der Folge nicht sowohl geändert, als vielmehr nach einigen Seiten geschärft worden. Darüber nur noch wenige Worte. Die erste Schärfung bestand darin, dass man die drei Formen der Klage (force, nouvelle dessaisine und nouveau trouble) völlig zu einer verschmolz unter dem Namen trouble, nouveau trouble, auch kurzweg novitas, complainte de nouvelleté. Im Grunde lag darin nur ein Zurückgehen auf das ältere Recht, das Dejection und Störung nicht getrennt hatte, nur dass jetzt die Störung die gemeinsame Bezeichnung hergab, während früher die dessaisine auch die Störung in sich begriffen hatte. Und in letztem Grunde ist diese Neuerung ein Hervorbrechen des reinen germanischen Rechtssatzes, dass man auch durch Dejection die Gewere nicht verliere und daher überhaupt nicht des Besitzes entsetzt, sondern nur darin gestört werden könne. Daher sagt der Stilus Curiae Parlamenti XVIII, § 3 (und ebenso der Gr. Coutumier S. 247 und Loysel § 750 u. A.), wer wegen novitas klage, dürfe nicht behaupten, se desaisitum esse (weil das eine contradictio in adjecto wäre). So besteht jetzt materiell und formell einheitlich die Besitzklage de novitate, die complainte de nouvelleté, welche auf trouble innert des letzten Jahres und Tages gestützt ist und ruhigen Besitz auf Seiten des Klägers während Jahr und Tag vor der Störung zur Voraussetzung hat. Diese Ausbildung wird gemäss Gr. Cout. p. 253 dem Parlamentspräsidenten Simon de Bucy († 1368) zugeschrieben; wenn diese Stelle wirklich das meint, und nicht, wie mir eher scheint, sagen will, er habe den Unterschied zwischen cas de nouvelleté und cas de simple saisine festgestellt, so war der Verfasser sicher im Irrthum, denn man kann in Band III der Olim an den Besitzprocessen sehr gut

verfolgen, wie die Gleichstellung von nouvelle dessaisine und nouveau trouble, materiell schon ohnedies vorhanden, auch formell zu Stande gekommen ist; auch ist der stilus cur. Parl., der sie kennt, älter als S. de Bucy. Die zweite Schärfung bestand darin, dass der Besitz von Jahr und Tag, der die complainte de nouvelleté giebt, ausschliesslich den Namen Saisine für sich erwarb, daher die Klage complainte en cas de saisine et de nouvelleté genannt wurde, dem noch nicht einjährigen Besitz dagegen die Bezeichnung possession zufiel. Darum sagt der Gr. Cout. p. 232: Possession se peult acquérir par occupper seullement, et par icelle possession continuée non vi, non clam nec precario etc. la saisine est acquise par an et jour. Diese Unterscheidung ist am Anfang des 14. Jahrhunderts noch unbekannt. Olim II, 414, III, 62, 113, 640 u. a. behandeln possessio und saisina noch als identisch, dagegen möchte vielleicht schon 1315 eine Verschiedenheit erkennbar sein in Olim III, 987 No. 50: Cum esset in saisina bona rerum immobilium et hereditatum, major eum spoliavit possessione bonorum. Den Uebergang von der Identität der Ausdrücke zu der Verschiedenheit bildet wohl der Ausdruck bona saisina, der schon früh vorkommt und etwas Besseres als bloses Innehaben, einen durch gewisse Zeit bestehenden Besitz bezeichnet, daher die häufige Formel: se in saisina fuisse per tantum tempus, quod sufficit ad bonam saisinam acquirendam. Der Ausdruck vraie saisine, den die Livres de Jostice et de Plet III, 5 § 4 für den Besitz von Jahr und Tag gebraucht hatten (nos apelons veraie saisine, quant aucuns remaint sési an et jor comme sires et par jostice à le veue et à la seue de celui qui demender puet et ne veaut demender et se test) ist nicht beliebt geworden und als unnöthig ganz abgekommen, seit überhaupt nur noch der einjährige Besitz Saisine war.

Uebrigens macht die Behandlung dieser complainte de nouvelleté in den Quellen des 14. und 15. Jahrhunderts nicht gerade einen erquicklichen Eindruck, zumal im Vergleich

mit der kräftigen Zeichnung Beaumanoirs. Wir stossen jetzt auf eine Vermischung nationalen und römischen Rechts unter Händen, die des Stoffs nicht immer mächtig sind. Die complainte en cas de saisine et de nouvelleté wird geradezu als interdictum retinendae possessionis, also uti possidetis behandelt (Gr. Cout. p. 232), ist daher nicht bei Fahrnis anwendbar (ib. p. 239) [1], und hat den Character der Duplicität (ib. p. 247). Das Erforderniss des fehlerfreien Besitzes, schon deutschen Ursprungs, trägt das römische Kleid non mye par force, clandestinement ne par prière (ib. p. 232 s. 256. Stil. Cur. Parl. XVIII, § 23. 24. Loysel, § 749). Der Pächter hat die Complainte nicht, denn er hat keine Saisine, weil er kein jus in re, sondern nur ein jus ad rem hat (Gr. Cout. p. 248) [2]. Zur Begründung der Klage genügt Besitz von Jahr und Tag vor der novitas, welche Kläger beweisen muss (Stil. Cur. Parl. XVIII, § 22). Einen Besitztitel anzuführen, alléguer son titre, ist nicht nöthig (Livre des Droiz, § 496). Die Klage ist innert Jahr und Tag seit der Novitas anzustellen, complainte de nouvelleté dedans l'an se doibt faire et intenter, sagt Boutillier. Innert fernern Jahres und Tages seit der Entscheidung der Besitzfrage muss der Unterliegende den Eigenthumsprocess erheben, sonst hat er durch seine Nachlässigkeit jegliches Recht verwirkt (Gr. Cout. p. 256).

Eine hübsche Darstellung der Compl. de nouv. findet sich auch in den Reimser Coutumes des 15. und 16. Jahrhunderts bei Varin, arch. législ. I. partie, p. 794 ss.

Die Klagformeln im Gr. Cout. p. 495 ss. 505 ss. 513. Livre des Droiz 739—742. Boutillier, fol. XXVIIIa (I, 40?), LIIIb (I, 77?), Lb (I, 76?). Vergl. auch Coutumes de la

[1] Was im 13. Jahrhundert noch der Fall gewesen war, wie das hervorgeht aus Beaumanoir, XXXII, 15. XXXVIII, 2. Olim I, 489 No. 4 und sonst.

[2] Mit diesem unklaren, weder römischen noch deutschen jus ad rem, einer Erfindung der Postglossatoren (v. Brünneck, über den Ursprung des sog. jus ad rem) operiert der Grand Coutumier auch sonst in ungeschickter Weise, z. B. p. 195.

Prévôté et Vicomté de Paris, I, 256, 268, und die Stellen aus den Coutumes bei Warnkönig II, S. 319.

Neben die complainte de nouvelleté treten aber seit dem 14. Jahrhundert noch andere possessorische Rechtsmittel theils in der Weise des summariissimum, theils recuperatorischer Natur: 1) das Verfahren der recréance, 2) der cas de simple saisine und 3) die réintégrande.

1) Aus der schon in den Etablissements de St. Louis behandelten recréance ist ein Summariissimum hervorgegangen. Von dem alten, bereits dem normannischen Rechte angehörigen Satze nämlich, dass während der Dauer des Besitzprocesses das Gut sequestriert, ad manum Regis positum, sein solle, kann abgewichen werden dadurch, dass das Gut einer Partei gegen Caution anvertraut, recrediert wird. Wird Anfangs von dieser Möglichkeit weniger gern Gebrauch gemacht, so bilden sich doch allmählig gewisse Grundsätze dafür aus, und für die Entwicklung einer eigentlichen Vorverhandlung geben die Olim ein schönes Material; sie zeigen, wie die ursprünglich durchaus dem Ermessen des Richters anheimgestellte Bitte, ut manus Regis amoveatur, mehr und mehr an bestimmte Bedingungen geknüpft wird, und schliesslich den Voraussetzungen des Summariissimum unterstellt ist, wie z. B. Masuerii Pract. tit. IX zeigt und namentlich

> Stil. Cur. Parl. XVIII, § 11: In curia fit recredentia rei positae ad manum regiam illi qui habet jus commune vel promptiores probationes vel ostendit titulum vel summarie de statu vel alias fundat in promptu intentum suum, et post fit inquesta super possessione.

2) Als ein Rechtsmittel recuperatorischer Natur tritt vorerst die complainte en cas de simple saisine auf; zwar ist Sinn und Zweck dieser Klage nicht sehr klar und über ihre Entstehung wie über ihren Werth waren schon die älteren Schriftsteller zweifelhaft. Aber sie wird als casus recuperandae possessionis bezeichnet (Grand Cout. p. 232),

und zwar ist sie zulässig auch gegen den, der Jahr und Tag besessen hat (ib. 237), und kann innert zehn Jahren seit dem Besitzverlust erhoben werden (ib. 238, Varin, l. c. p. 802), ist aber auch bedingt durch zehnjährigen Besitz vor der Dejection (Loysel, § 764). Darum fehlt in der Klagformel der Ausdruck de nouvel (Gr. Cout. p. 245. Stil. Cur. Parl. XVIII § 17). Welche Partei den ältern Besitz (exploits = jouissances) beweist, siegt: die ältesten exploits sind die wirksamsten (Gr. Cout. p. 252. Loysel § 765. Randbemerkung zu § 1 bei Varin, l. c. p. 802). Wer in der nouvelleté unterlegen ist, hat noch die complainte de simple saisine (Gr. Cout. p. 252. Loysel § 762). Aber der materielle Hauptunterschied von der nouvelleté ist der, dass man bei der simple saisine muss alléguer titre (Gr. Cout. p. 232). — Es ist nicht zu verwundern, dass man mit diesem unmotiviert zwischen Besitz- und Eigenthumsklage in der Mitte stehenden und daher überflüssigen Rechtsmittel schon früh nichts anzufangen wusste. Boutillier bezog dasselbe nur auf Servituten, Reallasten und Prästationen und gab ihm hier seine Stelle statt der nouvelleté; das zeigt schon, wie unklar seine Stellung zwischen complainte de nouvelleté und action pétitoire war. Immerhin bedurfte es der ganzen durch Albrecht veranlassten Unklarheit Klimraths, um entgegen der bestimmten Erklärung Masuers (Pract. tit. 10 u. 11) die Ansicht aufzustellen, die simple saisine sei synonyme de propriété und die action de simple saisine sei die action pétitoire (p. 368 f. u. sonst). Der Gr. Cout. p. 494 sagt ausdrücklich: toutes actions réelles ou elles sont sur nouvel trouble de saisine ou sur vieulx empeschemens ou elles sont propriétaires. Die Klage sur vieulx empeschemens, d. h. de simple saisine, wird also von der Eigenthumsklage unterschieden[1]). Wie es scheint, war

[1]) Richtig Henrion de Pansey, Compétence, chap. 46: Il lui restait encore une action possessoire, la complainte en cas de simple saisine. Alauzet p. 106 dagegen sieht in dieser Klage die „action personnelle ou condiction, si paret dare oportere", mit welchem Grund, weiss ich nicht.

dieses seltsame Rechtsmittel hervorgerufen durch das Vorbild des römischen Rechts, und zwar so: seitdem die complainte de nouvelleté mit dem interdictum retinendae possessionis identificiert war, meinte man auch ein interdictum recuperandae possessionis haben zu müssen, und da der Fall, für welchen die Römer ein solches aufgestellt hatten, die Dejection, bei den Franzosen schon unter der nouvelleté begriffen war, so erfanden sie diese unnöthige complainte de simple saisine, von dem Argument ausgehend, dass gegenüber einem Besitz von Jahr und Tag der Gegner nicht selber mehr Besitzer zu sein behaupten, somit das interdictum retin. poss. nicht anwenden, wohl aber verlorenen Besitz wieder gewinnen könne. Diese Bedeutung der complainte de simple saisine als eines interdictum recuperandae possessionis ergiebt sich aus

> Gr. Cout. p. 232: Des libelles en cas de possession les ungs sont pour cause d'acquérir saisine, les autres pour cause de recouvrer saisine, comme cas de simple saisine; et au libelle d'acquérir saisine et au libelle de recouvrer saisine il est nécessaire de alléguer et monstrer tiltre . . . Mais au libelle de possession retenir il n'est point nécessaire, car la possession usée par an et jour paisiblement induit saisine sans autre tiltre, et ne fault dire sinon posséder.

Die zehnjährige Frist wurde willkürlich von der schon früh in Frankreich bekannten Usucapionsfrist (Beaumanoir, VIII, 9. Gr. Cout. p. 199) herübergenommen. Durch das zu weiterer Unterscheidung von der nouvelleté aufgestellte Requisit der allégation du titre wurde freilich der possessorische Character dieser complainte sehr geschmälert und die Hauptlast des Eigenthumsprocesses schon hier auf den Kläger gewälzt.

3. Die réintégrande. Die eben gegebene Auffassung der complainte de simple saisine wird auf den Widerspruch derer stossen, welche wie z. B. Bruns S. 365 schon für die Zeit

des 14. und 15. Jahrhunderts dem Rechtsmittel der réintégrande die Stellung des interdictum recuperandae possessionis zuweisen. Und in der That, wenn damals schon die réintégrande diese Lücke ausfüllte, so brauchte man nicht nach einem andern Ersatz zu suchen. Mit Bruns u. A. bin ich nun darin einverstanden, dass den Anknüpfungspunct für die réintégrande diejenigen Fälle boten, wo der Entsetzte dem Dejicienten gegenüber nur Dejection, aber noch nicht jährigen Besitz geltend machen konnte, somit, obschon er der complainte de nouvelleté ermangelte, dennoch eines Schutzes gegen die Spoliation werth erschien. Wir haben (S. 393) gesehen, dass schon Beaumanoir XXXII, § 22 u. 23 diesen Fall bespricht und dem Dejicierten auch, obgleich mit sichtlicher Verlegenheit in der Begründung, die action de nouvelle dessaisine giebt. Je mehr das Erforderniss des jährigen Besitzes für diese letztere Klage bedingungs- und ausnahmslos sich feststellte, desto weniger konnte man sie fernerhin in solchen Fällen zulässig erachten. Um so leichter aber liessen sich dieselben unter die Regel des canon Redintegranda bringen. Aber das auf diesem Wege zur réintégrande gewordene Rechtsmittel wurde nicht zu einer mit der complainte de nouvelleté auf gleicher Linie stehenden recuperatorischen Klage entwickelt, sondern gelangte nur zum Character eines dem Verfahren der recréance parallel laufenden Rechtsmittels, somit einer Art von Summariissimum, bezweckend Feststellung des Besitzstandes für das eigentliche Possessorium. Schon Beaumanoir a. a. O. betrachtet den Fall unter dem Gesichtspunct einer Vorverhandlung über den Besitzstand im Possessorium selbst: der Dejicierte, heisst es, soll zwar ohne Rücksicht auf Dauer und Vitiosität seines Besitzes wieder eingesetzt werden, aber der Andre mag dann sofort de novitate klagen und ihm in dem eigentlichen Besitzprocesse die Sache wieder abgewinnen. Dabei hat Beaumanoir freilich nur den Fall im Auge, dass der Spoliierte (erste Kläger) selber nur durch Gewalt gegen den Spoliator (ersten Be-

klagten) in den Besitz der Sache gelangt ist, aber es stand ja nichts entgegen, dieses Rechtsmittel auch dem zu geben, der durch rechtmässigen Erwerb vom Spoliator in Besitz gekommen war, ohne desswegen den blos vorbereitenden Character der réintégrande zu ändern. Dass die complainte de nouvelleté in allen Fällen auf die réintégrande folgen musste, war so wenig nothwendig als dass ein possessorium durchaus auch ein petitorium nach sich zieht. So gut ein im Besitzprocess Unterlegener von weiterer Klage abstehen kann, so gut konnte der mit der réintégrande Besiegte, wenn er keine Aussicht auf Erfolg hatte, die complainte de nouvelleté unterlassen, obschon sie ihm formell nicht versagt war. Die réintégrande erscheint somit als Rechtsmittel, das ohne Rücksicht auf klägerischen Besitz von Jahr und Tag gegen den Dejicienten zusteht, ebendarum aber auch immer die Möglichkeit offen lässt, dass der Dejicient, auch wenn er jetzt unterliegen sollte, mit der action de nouvelleté doch wieder zu seiner Sache kommen kann, natürlich unter der Voraussetzung, dass er selber durch Gewalt ursprünglich den Besitz verloren hat. Darum steht die réintégrande nicht als interdictum recuperandae possessionis auf gleicher Linie mit der complainte de nouvelleté als interdictum retinendae possessionis, sondern ist ein Summariissimum, dem diese complainte noch folgen kann. Mit dieser réintégrande haben wir es, wie mir scheint, zu thun in

> Olim, I, 316, No. 3. Der Marschall von Albi hat auf seinem Boden Geld arrestiert, und der Seneschall von Carcassonne hat ihn spoliiert. Auf Klage ergeht das Urtheil, quod resaisiretur marescallus et sibi restitueretur pecunia, salvo jure domini Regis et alieno sive super possessione sive super proprietate voluerint experiri.

Hier wird also der Besitzprocess noch ausdrücklich vorbehalten. Das Verhältniss von recréance und réintégrande ist dann so zu denken: beides sind Anwendungen des Sum-

mariissimum, beide bezwecken Feststellung des Besitzstandes für den Besitzprocess, aber die réintégrande stützt sich und ihren bezüglichen Anspruch auf stattgehabte Spoliation, die recréance darauf, dass der sie Begehrende wirklich dermalen Besitzer sei. Die Untersuchung in Folge der réintégrande richtet sich auf die Frage, ob Dejection stattgefunden habe, die bei recréance darauf, wer den zweifelhaft gewordenen Besitz wirklich habe. Kurz, die Unterscheidung von recréance und réintégrande bringt innerhalb des summariissimum die gleiche Verschiedenheit zur Erscheinung, welche zur Trennung der interdicta retin. und recup. poss. innerhalb des Besitzprocesses geführt hat. In dieser Weise ist auch die réintégrande weit über das Mittelalter hinaus aufgefasst worden, so von Ragueau (Glossaire du droit français), und hauptsächlich von Henrion de Pansey, Compétence, chap. 50 u. 52, der in höchst lichtvoller Weise die Verschiedenheiten derselben vom interdictum recuperandae possessionis namhaft macht und die réintégrande nur als praeparatorium des possessoire darstellt. Müssen wir also für die Zeit des Mittelalters die réintégrande, die übrigens keine grosse Rolle spielt und weder in Coutumes noch in Rechtsbüchern grosse Beachtung findet[1]), als eine Seite des Summariissimum betrachten, so schien dann allerdings ein interdictum recuperandae possessionis zu mangeln, insofern als es formell nicht vorhanden, wenn schon materiell in dem interdictum retinendae possessionis (der Complainte de nouvelleté) eingeschlossen war. Dass man letzteres übersah und ein recuperatorisches Interdict auf anderm Wege suchte, führte dann eben zu der verunglückten complainte de simple saisine. Erst die Processordnung Ludwigs XIV (Ordonnance de 1667)

[1]) Die Schriftsteller beschäftigen sich mit ihr öfter, doch ohne grosse Uebereinstimmung, Imbert z. B. weiss über ihr Verhältniss zum interdictum unde vi nicht recht ins Reine zu kommen, stellt sie aber doch auf gleiche Linie mit diesem, während Charondas sie als interdictum momentariae possessionis characterisiert. Vergl. Parieu, Etudes p. 133 ss.

hat die Veranlassung zu einer veränderten Anschauung in dieser Hinsicht gegeben, indem sie in tit. 18 „des complaintes et réintégrandes“ Art. 1 u. 2 die nouvelleté und die réintégrande als zwei auf gleicher Linie stehende, einander parallel laufende Rechtsmittel neben einander stellte, offenbar zwar ohne Absicht der Gleichstellung, wie denn auch Henrion de Pansey solche keineswegs daraus entnimmt. Aber allerdings konnte die ganze Fassung jener zwei Artikel in Verbindung mit der Nebeneinanderstellung die Meinung erwecken, dass die Complainte das interdictum Uti Possidetis, die réintégra das intenderdictum Unde Vi repräsentiere, und die meisten spätern Juristen sind diesem Irrthum verfallen. Es konnte das um so leichter geschehen, als, so viel ich sehe, die complainte en cas de simple saisine schon längst wieder ausser Uebung gekommen war, wie das im Grunde nur zu loben war. In die scheinbar wieder leer gewordene Stelle des interdictum Unde Vi liess man um so unbedenklicher die réintégrande einrücken.

§ 30. Bedeutung der Besitzklagen für das System der Saisine und dessen Weiterbildung.

Die eben gegebene Uebersicht über die Ausbildung des Besitzprocesses legt die Frage nahe, ob und wieweit dadurch die Besitztheorie im Ganzen sei berührt und verändert worden. Insbesondere ist es die den Process so wesentlich characterisierende Verwendung der Frist von Jahr und Tag (der possession annale), welche zu dieser Frage anregt. Denn diese Frist hat doch die rechtliche Wirksamkeit des Besitzes auf eine neue Basis gestellt, indem nur der mindestens einjährige Besitz im Rechte noch als saisine anerkannt ist; folglich, möchte man mit Warnkönig (II, S. 314) schliessen, konnte die saisine nicht mehr durch blose Apprehension erworben werden, sondern nur durch hinzutretende Präscription von Jahr und Tag. Genauer betrachtet reduciert sich aber der Einfluss dieser Neuerung auf die eigentliche

Besitztheorie bedeutend. Vorerst das Wesen des (juristischen) Besitzes, sein rechtlicher Gehalt, ist nach wie vor derselbe, es ist in dieser Hinsicht mehr nur eine Aeusserlichkeit, eine Einengung des Ausdrucks Saisine, dass nur noch der einjährige Besitz so heisst. Aber auch die Grundsätze über Erwerb des Besitzes sind in der Hauptsache die alten geblieben, denn es ist keineswegs wahr, dass der Besitz (als saisine, juristischer Besitz) nicht mehr durch blose Einweisung oder Erbgang sei erworben worden, sondern erst durch einjährige ruhige Nutzung des Erwerbers oder Erben. Denn nicht jeder neu Erwerbende muss selber Jahr und Tag besitzen, um zur Saisine zu gelangen, sondern er rechnet sich den Besitz (saisine) seines Vorgängers an und erwirbt daher, wenn dieser während Jahr und Tag besessen hat, durch einfache Besitzeinweisung resp. Erbgang die vollgültige Saisine. Unzweideutig sagt in dieser Hinsicht der Grand Cout. p. 231 s., der Erbe könne auch vor Ablauf von Jahr und Tag seit des Erblassers Tode gegen Besitzstörung die complainte de nouvelleté anstellen et soy aider de la saisine à cause de la saisine de son prédécesseur et devancier.

Ganz unberührt von neuerndem Einfluss des Besitzprocesses ist aber allerdings die Lehre vom Besitzerwerb nicht geblieben. In denjenigen Fällen nämlich, in welchen der Erwerber sich den Besitz eines Vorgängers nicht anrechnen konnte, musste fortan Besitz von Jahr und Tag in der Person des Erwerbers selbst hinzukommen, um diesem den wirklichen, rechtlich gültigen Besitz zu verschaffen. So vor Allem bei Occupation, auch einer in optima fide vollzogenen, weder vi noch clam zur Durchführung gelangten; eine solche hatte vor Ausbildung der Besitzklagen und der dafür erforderlichen possession annale sofortigen Besitz verschafft, jetzt, heisst es im Gr. Cout. p. 231: quiconques a une chose p a r a n e t p a r j o u r ainsi tenue et occupée, il acquiert saisine d'icelle. Dasselbe müssen wir annehmen hinsichtlich des Besitzes desjenigen, der ohne ensaisinement Seitens des

Herrn Besitz erhalten hatte. Wir haben S. 355 gesehen, dass zumal seit der Scheidung der Begriffe possession und saisine die Quellen nur demjenigen die Saisine zuerkennen, der vom Herrn eingesetzt ist. Wem das Gut nicht aufgelassen war, der galt rechtlich einem Occupanten gleich, er hatte keinen devancier, und musste sich daher erst selbst durch possession annale die Saisine und die Besitzklagen erwerben. Schon der livre des Droiz § 712 stellt fest, dass der Erwerber, der nicht à vestizon vor den Herrn gekommen ist, durch Besitz des Gutes während Jahr und Tag vrai possesseur contre le seigneur werde. Diesen in verschiedenen Coutumes des 15. Jahrhunderts enthaltenen Satz verallgemeinert Loysel § 749: Qui a joui par an et jour d'aucune chose réelle . . . en a acquis la saisine et possession et peut former complainte. Die Coutumes von Reims (bei Parieu, p. 76) machen ebenso von der Auflassung die défense au possessoire abhängig: combien qu'il eut joui par un an sans soi faire vestir, et qu'il s'en peut defendre au possessoire. Und wiederum hinsichtlich Kaufs sagt der Gr. Cout. p. 277, wer von einem Erblasser gekauft habe, ohne sich nach usaige et coustume de court laye, d. h. wohl durch vesture, haben einweisen zu lassen, der gewinne die Saisine gegenüber den Erben des Veräusserers erst durch Besitz von Jahr und Tag. Man kann das eine Ersitzung der Saisine nennen und sie als neu hinzugekommene Erwerbsart bezeichnen. Denn in der That wird in diesen Fällen durch possession annale die sonst nicht vorhandene saisine ersessen. Und offenbar hat die Kenntniss des römischen Rechts und seiner usucapio diese Gedanken zur Reife bringen helfen, das zeigt die weitere Consequenz: wer ohne Auflassung 10 Jahre lang besessen hat, gewinnt das Eigenthum. Loysel § 748: Jouissance de dix ans vaut saisine, d. h. zehnjähriger Besitz bewirkt hinsichtlich des Eigenthumserwerbs dasselbe was die Auflassung durch den Herrn, wie die Coutumes von Reims sagen: l'acheteur sera fait vray seigneur et propriétaire par le moyen

d'icelle acquisition et jouissance, et équipolle telle jouissance de dix ans à tradition et vesture.

Insbesondere muss sich aber hier die Frage aufdrängen, in welchem Verhältnisse die verschiedenen Anwendungen des Besitzes von Jahr und Tag zu einander stehen, und namentlich wie sich die zur Complainte de nouvelleté nothwendige possession annale, die Kläger vor der dessaisine muss gehabt haben, zu der teneura per annum et diem verhalte, welche uns schon in den Stadtrechten des nördlichen Frankreichs aus dem 12. Jahrhundert (S. 342) begegnet ist. Wir wollen uns bei diesen Fragen noch etwas aufhalten.

Im Bisherigen haben wir eine vierfache Verwendung der Jahresfrist kennen gelernt:

1) Die alte teneura per annum et diem jener Stadtrechte, durch welche wie es scheint die Ersitzung des Eigenthums eintrat;

2) den Besitz von Jahr und Tag vor der Dejection, der zur Besitzklage nothwendig ist;

3) die Frist von Jahr und Tag seit dem Dejectionsact, innert welcher die Complainte anzustellen ist;

4) die Jahresfrist für Anstellung der Eigenthumsklage seit Erledigung der complainte de nouvelleté.

In erster Linie könnte sich fragen, ob nicht die sub 2 und 3 bezeichnete Jahresfrist ursprünglich und überhaupt ihrem innern Wesen nach eine und dieselbe sei, nur verschieden gefasst je nach ihrer positiven oder negativen Function. Und allerdings stehen ja diese Fristen in einer unaufhörlichen und unauflöslichen Wechselwirkung auf einander: versäumt der Dejicierte innert Jahresfrist zu klagen, so gewinnt der Gegner dadurch den Besitz von Jahr und Tag und damit die Möglichkeit, selbst fortan die Klage anzustellen. Von dem Momente an, wo einer der Complainte des Andern nicht mehr ausgesetzt ist, und eben

gerade dadurch gewinnt er selber die Klage[1]. Eine derartige Herkunft der possession annale unter 2 aus der prescription annale unter 3 wäre denkbar, sie ist mir aber nicht wahrscheinlich; schon darum nicht, weil eine solche doppelte Verwendung derselben Frist doch höchst seltsam wäre, wo es schon an einer einzigen vollständig genügt. Mit dem Satz, dass einer innert Jahresfrist klagen müsse, reichte man vollkommen aus für das System der Besitzklagen. Es fiel den Römern auch nicht ein zu sagen: wenn der Dejicierte nicht innert Jahresfrist de vi geklagt hat, so hat dadurch der Andre nun selbst das Interdict erworben. Auch die Assises de Jérusalem verlangen für die Besitzklage keine bestimmte Dauer des Besitzes vor der Dejection, etwa auch 40 Tage, welche die Frist für Anstellung der Klage bilden. Zudem liegt doch den beiden Fristen ein wesentlich verschiedener Gedanke zu Grunde: die Jahresfrist, innert der geklagt werden muss, beruht auf dem Princip der Rechtsversäumniss in Folge Verschweigens, die possession annale des Klägers vor der Dejection dagegen auf der Wünschbarkeit möglichst sicherer Constatierung des klägerischen Besitzstandes vor der ihm zugefügten dessaisine. Zudem wenn A von B dejiciert wird, was kommt für das Verhältniss zwischen diesen beiden darauf an, ob sich der C, der vor A besessen hatte, diesem gegenüber verschwiegen hat; warum muss A gegenüber C gedeckt sein durch possession annale, um gegen B klagen zu können? Aus allen diesen Gründen scheint mir ein innerer Zusammenhang zwischen der possession annale des Klägers und der Klagverjährungsfrist nicht zu bestehen und ich möchte bei der im vorigen Paragraphen versuchten Erklärung bleiben, wonach die possession

[1] So d'Epinay, de l'influence du droit canonique etc. p. 189. Parieu, Etudes, p. 116: „Bourjon a eu plutôt raison de voir dans la saisine d'an et jour une conséquence de la durée annale des actions possessoires, en ce sens qu'avant l'année de possession l'action appartiendrait au dernier possesseur et non au possesseur actuel."

annale vor der Dejection nur eine formellere, juristischere Fassung des im normannischen Recht aufgestellten Termins der vorletzten Ernte ist, welcher Termin hinwiederum nur als Anhaltspunct für die Frage diente, wer zuletzt den Besitz gehabt habe.

Indessen ist das nicht der Punct, auf den es mir hier hauptsächlich ankommt. Denn diese beiden Jahresfristen (für Bestimmung des Besitzes vor der Dejection und des Nichtbesitzes seit der Dejection) sind durch Ein Rechtsorgan, das königliche Amtsrecht, ausgebildet worden. Hier aber haben wir es ja mit der Untersuchung zu thun, was für einen Einfluss die königliche Gesetzgebung auf das alte Volksrecht, die Coutumes, geübt habe. Es stellt sich also die Frage so: wie verhalten sich die durch den Besitzprocess zur Geltung gelangten Jahresfristen unter 2, 3 und 4 zu der alten coutumiären Jahresfrist unter 1?

Die französischen Schriftsteller (ich bedaure freilich sehr die Schrift von Valentin-Smith über die possession annale nicht haben finden zu können) begnügen sich meist damit, zu erklären, die alte Jahresfrist jener Stadtrechte sei verschwunden, und zwar von der Sphäre des Possessoriums verschlungen worden, also in die neue possession annale übergegangen (wobei sie die drei Fristen unter 2, 3 und 4 nicht unterscheiden). So sagt Parieu, p. 118—120: Il arriva qu'étant annulée comme base acquisitive de propriété, la possession annale resta le fondement d'une sorte de revendication préalable . . . Cette annalité, qui sert de base aux actions possessoires du droit français moderne, est donc à nos yeux l'ancienne prescription annale dégénérée, déplacée et réduite à un effet provisoire. Als Mittelglied dieser Entwicklung wird etwa der Art. 11 jenes merkwürdigen Gesetzes von Philipp August für die Kreuzfahrer (Isambert, I, No. 117) angegeben, wo es heisst, ein cruce signatus habe seinen Gerichtsstand vor dem Lehns- oder Grundherrn in Bezug auf feuda und censivae, deren possessio er per diem et annum

pacifice tenuerit. Ich bin nicht ganz im Reinen darüber, was es mit dieser letztern Jahresfrist für eine Bewandtniss hat. Dagegen ist das gewiss, dass die neue possession annale der Besitzklagen nicht die Fortbildung der alten teneura per annum et diem jener Stadtrechte ist, indem wie wir bald sehen werden, beide noch längere Zeit neben einander fortbestanden haben. Die Sache scheint sich mir so zu verhalten. Jener coutumiäre Satz, dass Besitz von Jahr und Tag gegen Ansprüche und Klagen auf Gut sicher stelle, bestand, wie unbezweifelt ist, lange bevor es einen Besitzprocess gab. Neben dieses Recht, das wir als das Volksrecht bezeichnen können, stellte nun die königliche Gesetzgebung das Amtsrecht der Besitzklagen und verwendete hiefür in analoger, den Umständen angepasster Weise die auch sonst beliebte Jahresfrist. Dass ursprünglich keine Identität zwischen beiden Fristen bestand, ist vielleicht schon darum anzunehmen, weil beide für zwei verschiedene Fälle anfänglich gedacht sind: jene alten Stadtrechte reden theilweise wenigstens nur von Erwerb durch Kauf oder Verpfändung, wollen also durch die Jahresfrist nur den Käufer oder Pfandgläubiger schützen; indessen will ich darauf weniger Gewicht legen, weil die Mehrzahl der Stadtrechte diese Beschränkung nicht hat, sondern schlechtweg überhaupt den durch Jahr und Tag fortgesetzten Besitz, gleichviel wie er entstanden ist, schützt, und auch später diese allgemeine Fassung vorherrscht. Dagegen geht die ursprüngliche Verschiedenheit beider Fristen hervor aus den Assisen von Jerusalem, welche neben der alten Jahresfrist zum Schutz des Eigenthums eine 40tägige Frist für Anstellung der Besitzklage geben. Hinwiederum sehen wir eben daran auch, dass beiden Fristen derselbe Grundgedanke gemeinsam ist, indem auch jene teneura der alten Stadtrechte sich wahrscheinlich aus einer Anfangs 40tägigen Frist entwickelt hat. Diese gemeinsame Grundlage ist das Princip, dass man den Anspruch auf Rechtshilfe verliere durch Schweigen während der Gerichtsfrist (40 Tage).

Das Amtsrecht nimmt ihn auf für die Besitztheorie sowohl für die Frist zu Anstellung der Complainte als für die zu Erhebung der Eigenthumsklage nach Erledigung der Complainte. Mag es sich aber mit dieser Sache so oder anders verhalten, so viel ist gewiss, dass diese neue Theorie des Amtsrechts doch nur so weit konnte durchgeführt werden als die alte Jahresfrist, jene teneura der Stadtrechte, nicht gewohnheitsrechtlich feststand und in ihrer ursprünglichen Bedeutung noch in Kraft geblieben war, d. h. das Amtsrecht mit seinen Besitzklagen konnte die alten Stadtrechte nicht brechen und ihre Bestimmungen nicht aufheben, sondern nur so weit Eingang finden, als es neben dem bisherigen Recht anwendbar war. So erhielten sich jene älteren particulären Rechtsbildungen[1]) und die königliche Gesetzgebung musste sich mit ihr so gut es gieng vertragen. Nach dieser Gesetzgebung nun stand die action de nouvelle dessaisine dem zu, der nach Besitz von Jahr und Tag war dejiciert worden und innert Jahresfrist klagte, dagegen wer ein Jahr lang (nicht vitiosen) Besitz geübt hatte, konnte nur noch mit der Eigenthumsklage angegriffen werden. Von diesen zwei Sätzen fand der erste keinen Anstand bei jenen Particularrechten, wohl aber der zweite, dem die alte Bestimmung entgegenstand, welche gegenüber einjährigem Besitz auch die Eigenthumsklage abschnitt. Das Resultat war also, dass der Besitzer von Jahr und Tag gegen jeden Angriff irgend welcher Art geschützt war, selber aber zu seinem eigenen Vortheil im Fall der Dejection sich der Besitzklage bedienen konnte (so gut als im römischen Recht der Eigenthümer nicht die rei vindicatio anzustellen brauchte, wenn ihm die Voraus-

[1]) So Olim, II, 339 No. 10 (a°. 1292): Omnis empcio quam cives Rupellae fecerint, quam in pace tenuerint per unum annum et unum diem, de cetero stabilis sit et firma. Die betreffende Bestimmung von Abbeville (S. 341) findet sich noch unverändert in dem Stadtrecht von St. Valery-sur-Somme v. 1376 art. 21 (Thierry, Rec. des doc. inéd. IV, p. 716).

setzungen des Interdicts oder der Publiciana nicht mangelten). So wurde das Recht der königlichen Gesetzgebung durch particuläre Statuten gebrochen, es musste sich aber diese entgegenstehende Gewohnheit als specialis consuetudo terrae constatieren lassen. So z. B. klagte im Jahr 1268 Hardoinus de Malliaco gegen das Capitel von Tours, es habe ihn von einer Rechtsame dessaisiert. Das Capitel stellte vor, specialem consuetudinem esse in terra, quod per teneuram unius anni et diei potest unus contra alium se tueri, und da Hardoin diese Gewohnheit anerkannte, und der Besitz des Capitels seit mehr als einem Jahr ebenfalls festgestellt wurde, so wurde der Kläger ganz aus dem Rechte gewiesen (Olim, I, 748 No. 22). Aehnlich wird im Jahre 1310 in einem Process wegen ungehöriger richterlicher Pfändung vor königlichem Gericht die Einrede gebracht, consuetudinem ville Pontisare esse talem, quod si aliquis ex causa empcionis rem aliquam tenuerit per annum, presente eo qui reclamare vellet vel posset, et non reclamante, post annum efficitur dominus proprietarius et possessor ipsius rei, nec tenetur eidem super hoc de cetero respondere, und da diese Gewohnheit erwiesen wird, so wird durch die königliche curia der Kläger abgewiesen (Olim, III, p. 556, No. 52)[1]).

Wir fragen hier nur noch: wie verhält sich die possession annale des französischen Rechts zur rechten Gewere des deutschen Rechts? Wenn wir die hier in Betracht gezogenen vier Anwendungen der Jahresfrist auf den Besitz resp. die Besitzklage ins Auge fassen, so müssen wir sagen, dass keine derselben mit der rechten Gewere zusammenfällt. Am einleuchtendsten ist die Verschiedenheit zwischen der eigentlichen possession annale, die der Kläger vor der Dejection

[1]) Es wäre übrigens interessant, den vielfältigen Gebrauch und wohl auch Missbrauch des Besitzes von Jahr und Tag in allen möglichen Richtungen einmal nach den Quellen des französischen Rechts darzustellen und den Zusammenhang wo möglich nachzuweisen. Man vergl. z. B. Beaumanoir, VIII, § 10. 11. XXXIV, § 12.

muss gehabt haben, und der rechten Gewere. Ihre Functionen sind verschiedene: jene dient zur Erleichterung, ja Ermöglichung des Angriffs auf den gegenwärtigen Besitzer, man muss vor der Dejection Jahr und Tag besessen haben, um den Besitz wieder erlangen zu können. Diese dagegen dient ausschliesslich dem Zweck der leichtern Vertheidigung des angegriffenen Besitzers, und wer den Besitz verloren hat, vermag und braucht die rechte Gewere, die er vorher erlangt hatte, nicht zur Wiedergewinnung des Besitzes zu verwenden, sie tritt erst wieder für ihn in Kraft, wenn ihm in Folge der possessorischen Vorverhandlung die Gewere wieder richterlich ist zugetheilt worden. Die drei andern Arten der französischen Jahresfrist theilen zwar mit der rechten Gewere das allgemeine Princip, dass durch Schweigen während Jahr und Tag ein Rechtsnachtheil eintrete, aber dieses Princip ist immer verschieden angewendet. In den Fällen unter 1 und 4 so, dass der Beklagte gar nicht mehr über die Sache Antwort zu geben braucht, in dem Fall unter 3 so, dass er der Besitzklage entgeht. Die rechte Gewere dagegen nöthigt den Beklagten noch zum Eid über seine rechtmässige Gewere. Man kann daraus abnehmen, mit welchem Rechte Klimrath u. A. aus Stellen namentlich der livres de Jostice et de Plet (z. B. XVII, 3, § 2: Sésine n'est pas veraie, s'el n'est tenue an et jor sanz contenz) schlechtweg abgeleitet haben, vraie saisine und rechte Gewere seien identisch. Es ist das schon darum unstatthaft, weil der rechten Gewere überhaupt kein vollkommen gleiches Institut in Frankreich entspricht. Ausserdem aber ist mit dem Ausdruck vraie saisine nicht viel anzufangen, weil ihn gerade die livres de Jostice et de Plet nach allen Richtungen brauchen. In XVII, 3, § 2 ist damit der Jahresbesitz, der zur Anstellung der Besitzklage nothwendig ist, gemeint, in III, 5 § 4 und 5 (cfr. IV, 4, § 1) ist sie als Vertheidigungsmittel gegen die Besitzklage gedacht. Ich wiederhole, gemeinsam ist nur ein ursprünglicher Grundgedanke, aber die

Verwendung im Einzelnen hat sich nach der verschiedenen vorzugsweise processualischen Entwicklung auch abweichend gestaltet.

Es führen uns nun die Andeutungen dieses Paragraphen, zumal das letztgesagte, zu einer Betrachtung zurück, die sich mir mehrmals im Laufe dieser Darstellung des französischen Rechts nahe gelegt hat. So gewiss wir den Franzosen des 13. und 14. Jahrhunderts ein ungleich grösseres Geschick in juristischer Darstellungsweise zusprechen müssen als den Deutschen derselben Periode (wie vortheilhaft stechen z. B. die oft der Darstellungsgabe der römischen Juristen nichts nachgebenden concisen Fassungen zumal des rechtlich relevanten Thatbestandes in den Olim von den mühsamen und ungelenken Mittheilungen deutscher Schöffenurtheile ab!), so gewiss ist es doch, dass das deutsche Recht des Besitzes, wie es sich aus den Quellen des 13. und 14. Jahrhunderts darstellt, einen harmonischeren Eindruck macht als das französische Recht derselben Zeit. Jenes hat sich rein auf den altnationalen Grundlagen entwickelt und erscheint aus Einem Gusse heraus ohne fremde Zuthat erzeugt, wobei man gern in den Kauf nimmt, dass es im Detail nicht vollendet und zumal im Besitzschutz noch nicht aus der rohen Masse herausgearbeitet ist. Das französische Recht des Besitzes ist dagegen entstanden aus einer Vermischung verschiedenartiger Elemente und Bestrebungen, die wohl eine reichere Entfaltung von Rechtsformen hervorgebracht haben, deren Vermittlung aber bei einseitiger Ausbildung eines einzelnen Theils sich nicht durchweg befriedigend vollzogen hat. Der alte Gegensatz zwischen Volks- und Amtsrecht, der gerade in der Besitztheorie so wirksam geworden ist, tritt Anfangs noch in ganzer Herbheit auf, die königliche Gesetzgebung und die sie stützende Jurisprudenz gehen neben dem altnationalen Recht oft ihren besondern Weg und pfropfen mühsam neue Ideen in die althergebrachten Gewohnheiten hinein, ohne sich die Vermittlung beider gehörig angelegen

sein zu lassen: der bildenden Thätigkeit der Gerichte und der Jurisprudenz bleibt die Weiterführung der Entwicklung überlassen.

Um so energischer, sollte man erwarten, habe seit dem 14. Jahrhundert das römische Recht in die französische Rechtsbildung gerade auch in der Besitztheorie eingreifen können. Dennoch ist der Einfluss des römischen Rechts nicht so tief eingedrungen als die Quellen auf den ersten Blick annehmen lassen. Das römische Recht schwebt ziemlich auf der Oberfläche, sein Einfluss beschränkt sich in der eigentlichen Besitztheorie[1]) wesentlich auf die Rechtssprache und die Rechtsausdrücke, und etwa auf einen Anreiz zu unverständiger Nachahmung (complainte en cas de simple saisine). Aber von einer Reception des römischen Besitzrechts ist keine Rede, und so bleibt auch Frankreich vor den Verirrungen der italiänischen Jurisprudenz bewahrt. Namentlich hat es sich der Wirkung dieser letztern entzogen bei Behandlung des mehrfachen Besitzes von Eigenthümer und Zinsmann; obschon es nicht die römischen Principien adoptiert, ist es zu correcterer auf deutscher Anschauung beruhender Fassung des Kriteriums des Besitzes gelangt als die Italiäner: wer ein dingliches Recht an einem Gute hat, ist auch Besitzer und hat die Besitzklagen: propter jus quod in re habet; parceque son droit est un droit réel (Henrion de Pansey, chap. 40). Man wurde sich dadurch der Verschiedenheit bewusst und brauchte nicht zu den unglückseligen Auslegungen der Begriffe civilis und naturalis possessio zu schreiten, wie sie die Italiäner aufgestellt hatten. Auch in der Theorie des Besitzschutzes und der Besitzklagen blieb das französische Recht selbständig, und unter rein äusser-

[1]) Wozu ich Alles was mit der Ersitzung zusammenhängt nicht rechne. Denn hier hat allerdings das römische Recht grossen Beifall gefunden, wie z. B. sich oben schon in dem Satze Jouissance de dix ans vaut saisine und in der Verwendung der zehn Jahre bei der complainte en cas de simple saisine gezeigt hat.

licher römischer Terminologie liegt der ursprüngliche Gehalt unverfälscht verborgen, den Henrion de Pansey sofort erkannte. Dass endlich die saisine héréditaire sich im Code bis auf den heutigen Tag erhalten hat, bedarf keiner Erinnerung.

§ 31. Anhang. Die englischen Rechtsbücher des 13. Jahrhunderts.

Die letzte Burg, in welcher die Albrechtische Theorie von der Gewere nun, nachdem sie von deutschem und französischem Boden hat weichen müssen, noch eine Zuflucht findet, sind die Darstellungen des englischen Rechts. Aber auch hier wird sie sich nicht halten können. Betrachten wir noch kurz diesen Punct.

Die Auffassung Albrechts erscheint am vollkommensten ausgeprägt in Gundermanns englischem Privatrecht. Schon die Ueberschrift des zweiten Buchs dieses Werks lautet: Besitz und Eigenthum in England auf Grundlage des Rechts der Saisine. Den Ausgangspunct giebt ihm die Theorie von den Besitzständen ab. Ein Besitzstand (estate in lands) bezeichnet jedes Verfügungs- und Benutzungsrecht an Grund und Boden, von welchem Umfange immer, der Begriff von estate umfasst die ganze Reihe der dinglichen Rechte an Immobilien, nicht nur die erworbenen Rechte, sondern auch den rein factischen Besitz, soweit er rechtliche Folgen hat (S. 141). Den Mittelbegriff, das juristische Mass aller Besitzstände aber und den Schlüssel zum ganzen System des Immobiliarrechts bildet das Freehold, das alte liberum tenementum, das seinem allgemeinen Begriff nach freies Besitzthum, freies Eigen ist (S. 142), seiner juristischen Natur nach aber nicht ein einzelnes Besitzrecht, sondern eine Gattung von Besitzrechten ist (S. 144) und allen Besitz umfasst, welcher zu Erbgutrecht, Stammgutrecht und Leibrecht verliehen ist, im Gegensatz zu unfreiem, zu zeitlich begrenztem und unsicherem Besitz; also ein Recht an Grundbesitz, welches

eine gegen jeden verfolgbare dingliche Klage, in der Regel „Assise“ genannt, hat, die Saisine, die Gewere des deutschen Rechts (S. 145). Da Freehold erworben wird durch Erbgang oder durch eigenmächtigen Erwerb (S. 147), so ist alles vollkommen freie Besitzrecht, dessen Grundform das Freehold ist, entweder Freehold in law (durch Gesetz, Erbgang erworben) oder in deed (durch purchase erworben). Der gesetzliche Erbe hat unmittelbar nach dem Tode des Erblassers ein Freehold oder, was dasselbe ist, eine saisine und zwar seisin in law (S. 162). Ein durch Erbschaft oder Leihe (feoffment) erworbenes Freehold ist unmittelbar rechtswirksam, auch wenn der Besitzvorfahr es nicht mit Recht besass; es geht doch ein Freehold — by wrong — über. Dieses ist nun aber freilich noch kein Eigenthum. Das englische Recht kennt eben wie das deutsche überhaupt kein absolutes Recht, jedes dingliche Recht ist relativer Natur (S. 178). Die Uebertragung von Freehold, das feoffment, vollzieht sich durch Belehnung und Besitzeinweisung (livery of seisin) S. 201. Darf Jemand erst in Zukunft in Besitz treten, so ist Anwartschaft (estate in expectancy) vorhanden; im Gegensatz hiezu ist ein estate of possession jedes Recht, das unmittelbar zum Besitzeintritt berechtigt; wirkliche Detention ist also keineswegs bei estate of possession nöthig, denn der Besitzer kann entwert sein und behält doch die seisin und das Recht des Besitzeintritts, solang die Detention des Entwerers nicht durch Erbübergang oder Zeitdauer selbst zur seisin geworden und so zu einem Recht erstarkt ist (S. 234). Dabei ist immer Freehold vorausgesetzt, denn der Besitzer eines niedern Besitzrechts, z. B. der Pächter auf eine bestimmte Anzahl Jahre, und besonders die Copyholder haben keine seisin. Hat aber ein Copyholder ein Gut mittelst feoffment von einem Andern als seinem Hofherrn erhalten, so hat er sowohl den Verleiher als Dritten gegenüber seisin und das Rechtsmittel der assisa (S. 282); daher ist der Begriff der seisin das juristische Medium und das innere Band aller Besitzstände (S. 309), sie

ist aber weder Besitz noch Eigenthum, auch nicht beides zusammen oder nur der noch unaufgelöste Keim für beide; sie ist genau betrachtet nicht sowohl ein besonderes materielles Recht als eine Form des Rechts (S. 317).

Man würde Gundermann Unrecht thun, wenn man ihm allein die Schuld an dieser unmethodischen und theilweis unverständlichen Auffassung beimessen wollte, denn in der That hat die seisin des englischen Rechts im Lauf der Zeit eine höchst seltsame Gestalt gerade nach der bezeichneten Richtung hin gewonnen. Indess habe ich hier nicht zu untersuchen, in wie weit Gundermanns Theorie dem englischen common law entspricht; für uns ist jetzt blos die Frage, ob dies das System der Rechtsbücher des 13. Jahrhunderts, zumal Bractons sei, oder ob wir sie gar schon dem altnormannischen Recht zuerkennen müssen. Nun ist so viel sicher, dass Bracton, wie er ja der Begründer des englischen common law ist, Manches enthält, was sich direct und indirect für jene Theorie verwenden lässt; aber dass seine Anschauung im Ganzen und Grossen wirklich der Albrechtschen so aufs Haar gleicht, wie es nach Gundermann scheinen könnte, ist zu verneinen. Bracton und die auf ihm fussenden Rechtsbücher der Fleta und Brittons werden nicht gehörig gewürdigt, wenn man von dem späteren englischen Recht ausgehend dessen System in sie hineinträgt: dadurch hat man sich von vorneherein den Blick getrübt. Denn wenn schon das heutige Recht auf Bracton zurückführt, so ist es doch in systematischer Entwicklung über ihn hinausgeschritten, und Manches ist einseitig ausgebildet worden, dessen Keim zwar bei Bracton leicht erkennbar ist, das aber in seiner modernen Gestalt doch nicht Bracton angehört. Wir dürfen nicht vergessen, dass Bractons Leistung in eine Zeit fiel, wo ein ursprünglich einfacher Rechtszustand durch eine formalistisch ausgebeutete Casuistik der Praxis zersetzt war; damit verband sich sein scholastischer Doctrinarismus, und aus allem dem wuchs das Werk heraus, das gerade in der Hinsicht

vielleicht einzig in seiner Art dasteht, dass es ziemlich genau zu verfolgen gestattet, wie diese drei Elemente des vorhandenen Rechts, der Casuistik und der Scholastik zu einem neuen Ganzen zusammengewirkt haben; denn in der That lassen sich diese drei Factoren und ihre Wirksamkeit mit (wie ich glaube) völliger Sicherheit nachweisen, und es lässt sich durchgängig aus Bracton selbst der Unterbau des altnormannischen Rechts von den Ansätzen, welche der Formalismus der Praxis und die Scholastik der Theorie angefügt haben, ohne Mühe scheiden. Aus diesem Grunde ist die Verwerthung Bractons blos vom modernen Rechte aus einseitig und für Beurtheilung des zu seiner Zeit geltenden Rechts geradezu unrichtig. Wählen wir einmal den andern Weg, ignorieren wir das moderne Recht, steigen wir aus der hinter Bracton liegenden Zeit zu ihm herauf, anstatt aus der Neuzeit zu ihm hinabzusteigen, und untersuchen wir auf diesem Wege das altenglische Recht und dessen Hauptquellen.

Auch wir gehen vom liberum tenementum aus, weil, wie wir sehen werden, nur wer liberum tenementum hat, auch in seisin, Gewere sich befindet. Der Ausdruck an sich bezeichnet nichts anders als freies Gut, und der Gegensatz dazu ist das tenementum villanum oder villenagium, d. h. das Gut, wovon Dienste geleistet werden, die als Zeichen der Unfreiheit gelten. Wer das Gut innehabe, ist für diese seine Eigenschaft gleichgültig, Bracton spricht I, 11, § 1 von einer Classe Bauern in dominico regis, qui receperunt tenementa sua tenenda in villenagio, faciendo inde opera servilia, nihilominus liberi, quia licet faciant opera servilia, cum non faciunt ea ratione personarum, sed ratione tenementorum, et ideo assisam novae disseisinae non habebunt, quia tenementum est villenagium, gerade wie in Deutschland für den Character des mansus censilis, litilis, servilis auf den Stand des Bebauers nichts ankommt. Tenementum liberum nun ist dasjenige, an welchem dem Inhaber die freiste Verfügung, die überhaupt möglich ist, zusteht, also das Lehn, woran ja dem Lehnsmann domi-

nicum, proprietas zugeschrieben wird [1]). Liberum tenementum habere heisst also ein Lehn haben, mit einem Gute belehnt sein, ein Gut zu Lehnrecht besitzen, sei es als Ritterlehn oder als gewöhnliches Lehn, liberum socagium. In dieser Weise definiert noch Bracton IV, 1, c. 28 § 1 das liberum tenementum: est id, quod quis tenet sibi et heredibus suis in feodo et hereditate vel in feodo tantum sibi et heredibus suis . . pro homagio et servitio militari vel in libero socagio. Aber Bracton fügt das weitere Requisit hinzu: ad vitam tantum vel ad tempus indeterminatum; das Lehn muss auf Lebensdauer des Belehnten oder auf unbestimmte Zeit gegeben sein, sonst ist es nicht liberum tenementum. Dadurch werden nun aber nicht, wie Gundermann anzunehmen scheint, verschiedene Rechte (Besitzrechte) am Gut unter einen und denselben Begriff gebracht, es ist vielmehr immer das gleiche Recht, das dem Inhaber zukommt, mag er nun auf Lebenszeit oder auf längere Zeit belehnt sein, es ist die proprietas, das dominicum, dessen Dauer nur dort begrenzt wird, hier nicht, es ist keineswegs die Saisine, in der das Recht des Inhabers sich verflüchtigt. Dagegen wird allerdings nur dem, der ein Freigut in dominico (d. h. zu vollem, nicht abgeleitetem Rechte, also nicht als Firmar oder Pfandgläubiger) besitzt, die saisine am Gute zugeschrieben. Hieran wird sich der Romanist am wenigsten stossen; eher wird sich der Germanist darüber wundern, dass die in Deutschland und Frankreich gefundene Gewere des Zinsmanns nicht auch in England aufzuweisen ist. Doch ist diese Verschiedenheit nur scheinbar; factisch bestehen auch in England ähnliche Besitzrechtsverhältnisse wie in Deutschland, nur ist der Unterschied der, dass der Ausdruck seisin früh auf die Gewere des libere tenens ist beschränkt worden. Der Grund davon ist einfach

[1]) Brunner, Entstehung, S. 334, Note 1: „Ich brauche wol nicht erst zu bemerken, dass feodum im englischen Recht Eigenthum, d. h. vollstes an einer Sache mögliches Recht ist, seit der gesammte Grundbesitz sich im Lehnsnexus befindet“.

der, dass nur der durch die Besitzklagen (assisae novae disseisinae und mortis antecessoris) geschützte Besitz als seisin ist bezeichnet worden, diese Besitzklagen aber von Anfang an nur zum Schutz des Lehnsbesitzes gegeben wurden und gemäss dem im § 28 Gesagten gegeben werden konnten, in der Folge auch wegen des streng formalen Festhaltens am Wortlaut der Breven auf sie beschränkt blieben, und so gleich der disseisina auch die seisina nur bei liberum tenementum möglich gedacht wurde. Daher hatte z. B. der Firmar, weil ihm nicht liberum tenementum zustand, formell weder Saisine noch die querela novae desseisinae, er erhielt aber sowohl gegen den vor Ablauf der Pachtzeit ihn entsetzenden Eigenthümer als gegen Dritte ein zu gleichem Resultat führendes Breve ad recuperandam firmam (Bracton, IV, tr. I, c. 36). So erhalten wir für die ursprüngliche anglonormannische Besitztheorie höchst einfache Grundsätze: wer mit einem Freigut belehnt ist, hat die Saisine daran; dieselbe wird erworben durch Erbgang, welcher sofort saisine (später seisin in law, Gewere kraft Gesetzes) erzeugt, oder durch Uebertragung (seisin in deed), feoffment, vollzogen durch Belehnung und Besitzeinweisung (livery of seisin). Eine juristische Gewere in Folge bloser Auflassung existiert auch in England nicht, es ist immer Besitzergreifung nöthig, und selbst bei Ermächtigung zur Besitzergreifung wird der Uebergang der seisin erst durch entry perfect (Gundermann, S. 208). So wenigstens bei Grund und Boden, während bei unkörperlichen Sachen, Rechtsamen u. dgl., die Besitzeinweisung, weil factischen Schwierigkeiten unterliegend, allmählig abgeschwächt und durch Ausstellung einer Urkunde ersetzt wird.

Diese einfachen, durchaus im germanischen Recht begründeten Sätze bilden unverkennbar die Grundlage und den Grundstock des von Bracton aufgeführten Systems. Gegen die Annahme, dass die Saisine die Grundlage des Sachenrechts sei, spricht schon die klare Trennung von Recht und

Besitz und zwar in dem Sinn, dass das jus, die proprietas, das Massgebende sei, welchem gegenüber sich der Besitz auf die Dauer nicht fremd verhalten könne: Possessio semper sequi debet proprietatem, ... sed praeferri debet possessio, donec heredes verificaverint jus suum (Br. I, 4, § 3). Darum schliesst die Eigenthumsklage auch den Entscheid über den Besitz in sich, während umgekehrt von der Besitzklage noch zur Klage über das Recht kann hinaufgestiegen werden: Si ab assisa novae disseysinae recessum fuerit, statim habeatur recursus ... ad breve de recto, et ita ascendendo de possessione usque ad proprietatem, sed non e contrario descendendo, quia nunquam de brevi de recto fit descensus ad alia brevia inferiora, quia qui semel egerit per breve de recto, totum jus tam super possessione quam super proprietate deducit in judicium (III, 4, § 7. Aehnlich III, 12, § 3 und 4. cfr. V, tr. 1, c. 1, § 1). Darum geht auch das System Bractons nicht von dem Besitz, der Saisine, sondern vom Eigenthum aus: an das einleitende Buch de rerum divisione schliesst sich das Buch de acquirendo rerum dominio. Die zwei Hauptarten des Eigenthumserwerbs sind Erbfolge und Uebergabe, donatio, welches nicht ausschliesslich als Schenkung, sondern im Sinn von Hingabe zu Lehn genommen ist (II, 4, § 1). Die donatio ist der Hauptfall des Erwerbs unter Lebenden, nur kurz wird II, 27 der Kauf erwähnt. Die donatio aber als Eigenthumsübertragung wird erst perfect durch die Tradition (II, 17, § 1. II, 18, § 1). Diese letztere besteht in der Besitzeinweisung, seysinam facere (l. c.); erst durch Besitzerwerb (II, 20, § 1) wird der Eigenthumserwerb vermittelt, darum heisst es II, 22, § 1: rerum corporalium dominia ex titulo et justa causa acquirendi transferuntur per traditionem. Erst von dieser Seite her kommt Bracton zur Besprechung des Besitzes, den er keineswegs als ein dingliches Recht definiert, trotz dem öfter gebrauchten Ausdruck jus possidendi, sondern in II, 17, § 2 im Anschluss an die Glossatoren als rei corporalis detentio corporis et animi cum juris adminiculo

concurrente, wie er auch in II, 17, § 3 die Auffassung der Glossatoren von civilis und naturalis possessio aufnimmt. Nach kurzer Berührung der Erwerbsart durch Usucapion, quae parit jus possidendi (II, 22, § 1), schreitet Bracton weiter zum Erwerb durch Succession, auch hier principiell correct: das Recht steigt auf den Erben herab, ohne Rücksicht auf den Besitz, der schliesslich doch von dem Rechte angezogen wird: II, 29, § 1: Descendit jus ... et si seysina sive possessio aliquem exorbitet, ita quod jus merum non sequatur, in fine tamen ad proprietatem revertetur; cfr. II, 30, § 2. Hatte auch der Erblasser keinen Besitz, so ändert das an dem Uebergang des Rechts nichts, denn hereditas est successio in universum jus quod defunctus antecessor habuit ex quacunque causa acquisitionis vel successionis, cum seysina sive sine (II, 29, § 2). Hatte aber der Erblasser die Saisine im Moment des Todes, so treffen Eigenthum und Besitz zusammen, d. h. der nächstberechtigte Erbe ist auch Besitzer und hat die assisa mortis antecessoris: II, 29, § 2. Cum jus proprietatis concursum habuerit cum seysina. IV, tr. 3, c. 1, § 1: De iis de quibus antecessor obiit seysitus ut de feodo heres propinquior eandem habebit seysinam quam antecessor habuit bene licebit ei se ponere in seysinam, dum tamen paratus sit facere domino suo capitali quod de jure facere debebit (ganz wie Ssp. Lehnr. 6, § 1). — Die Rechtsmittel zum Schutz des Besitzes sind in ihrer Grundlage durchaus possessorischer Natur, wie sie denn auch Bracton unter die Kategorie der interdicta adipisc. und recuper. poss. bringt (II, 3, § 7. III, 4, § 6). In erster Linie ist übrigens gegen den Entwerer Selbsthilfe in weitem Umfang gestattet, der Ejicierte darf während einer Frist von mehreren Tagen (IV, tr. 1, c. 5) den Gegner wieder hinauswerfen, und der Erbe hat gegen den Eindringling in ein vacantes Erbschaftsgut Jahresfrist zur Selbsthilfe (IV, tr. 1, c. 2, § 7). Jenes ist disseysina, dieses, die Besitzergreifung einer vacua possessio, ist intrusio. Kann auf diesem

Wege die disseysina, resp. intrusio nicht aufgehoben werden, so muss der Entwerte klagen, dort mit der assisa novae disseisinae, hier mit der assisa mortis antecessoris. Diese Klagen führen zu einem summarischen Process (IV, tr. 1, c. 6, § 1) und lassen das jus proprietatis ganz ausser Spiel. Wer unterliegt, mag mit dem breve de recto sich das Recht zu erstreiten suchen. Wer aber einmal durch dieses breve de recto geklagt hat, kann nachher nicht mehr zu einer Besitzklage hinuntersteigen, weil über utrumque jus (possessionis et proprietatis) dadurch entschieden wird (V, tr. 1, c. 1)[1].

Dies die Grundlage des Bractonschen Lehrgebäudes: sie ist, wie man zugeben muss, keineswegs unklar und zweideutig hinsichtlich der Theorie des Besitzes, sondern steht auf dem einfachen Boden, den wir für Deutschland und Frankreich gefunden haben. Aber dieser Grundriss ist nun ausgebaut und im Einzelnen ausgeführt worden durch eine Casuistik und eine Scholastik, welche für spätere Zeiten das einfache alte Bild verdunkelt haben. Dieser Ausbau knüpft an die Formeln der Breven an, die für die Processe erlassen wurden, und ist veranlasst durch eine sclavische Unterwerfung unter deren Buchstaben. Um daher die weitere Leistung Bractons zu würdigen, müssen wir diese Klagformeln näher ins Auge fassen.

Die altnormannische Formel des breve de nova disseisina lautet in der ältesten uns überlieferten Fassung (bei Warnkönig, II, UB. S. 30) dahin: Precipe H. quod sine dilatione resaisiat R. de tenemento suo cuius saisitus fuit ultimo augusto etc.; und für die assisa mortis antecessoris (ibid. S. 31): Precipe H. quod permittat habere R. talem saisinam qualem pater suus vel antecessor habuerit in terra die et

[1]) Dies und nicht mehr sagen nebenbei bemerkt die oft citierten Anciens usages d'Artois, XX, 29: li droit de la propriété trait à lui le saisine. Aber eben nicht umgekehrt: 30. Mais ce ne fait mie le saisine le proprieté. 31. Et por ce doit-on plaidier avant de le saisine que de le proprieté.

anno quo obiit, etc. Der Grundgedanke ist: R. soll in den Besitz des Guts, das er oder sein Vorfahr inne gehabt hat, das aber durch einen Andern eigenmächtiger Weise ist besetzt worden, wieder eingesetzt werden; auf das Recht des Entwerten am Gut kommt nichts an und es findet sich auch in der Formel keine Hinweisung darauf, es wäre denn das Wörtchen suo (de tenemento suo). Indessen auch diese wohl zufällige Ungenauigkeit ist später fallen gelassen, die Somma II, 29, § 1 und II, 34, § 1 spricht ganz correct nur von der terra de qua dessaisivit eum, resp. de qua erat saisitus antecessor in hoc anno quo obiit. Anders in England: Glanvilla (XIII, 33) und Bracton (IV, tr. 1, c. 16, § 2) geben übereinstimmend folgende Fassung des breve de nova dissaisina: quod talis injuste et sine judicio disseisivit eum de libero tenemento suo etc., und für die assisa mortis antecessoris: si talis fuit seisitus in dominico suo sicut de feodo suo de una virgata terrae die qua obiit (Glanvilla, XIII, 3, 4, 6; Bracton, IV, tr. 3, c. 2, § 2). Damit ist der Anstoss zu einer neuen Rechtsbildung gegeben: nicht dass einfach untersucht werde, ob Kläger aus einem Gut, das er besessen, gejagt worden sei, sondern dass man prüfe, ob er aus seinem Freigut vertrieben, ob der Erblasser Lehnsbesitz gehabt, darauf geht jetzt der Buchstabe des Breves, und aus knechtischer Ausführung dieses Buchstabens hat sich eine neue Theorie herausgebildet. Man kann hier der Frage nicht entgehen, ob diese Abweichung in der Fassung der Formel von Anfang an auf einer Verschiedenheit in Behandlung der Besitzklagen nach normannischem und englischem Recht beruht habe, eventuell ob diese Abweichung mit vollem Bewusstsein ihrer Folgen und mit darauf gerichteter Absicht sei vollzogen worden. Ich glaube beides verneinen zu müssen. Für eine Verschiedenheit des Rechts zu einer Zeit, da die Normandie und England noch unter Einem Scepter vereinigt waren, ist absolut kein Grund einzusehen und kein Anhalt vorhanden; der gemeinsame Ausgangspunct für beide Rechte

ist in unsrer Frage das tenementum suum: wer aus seinem Besitz dessaisiert ist, soll resaisiert werden. Aber auch die Absicht kann ursprünglich nicht bestanden haben, diesen Satz irgendwie anzutasten oder zu modificieren und aus der querela novae disseisinae resp. mortis antecessoris etwas anderes zu machen als die reine Besitzklage, die sie bisher gewesen war. Sondern der Grund, der zu der englischen Fassung führte, möchte in Folgendem liegen. Dass statt tenementum suum die genauere Bezeichnung liberum tenementum suum gewählt wurde, hat nichts Auffallendes, da ja nur der Besitz eines Freiguts durch die assisa novae disseisinae geschützt war. Eben darum darf man auch nicht annehmen, dass damit eine Neuerung beabsichtigt war. Das liberum tenementum umfasste aber auch die auf Lebenszeit geliehenen Güter; da in Bezug auf solche der Erbe keine Saisine (wie auch kein Erbrecht) hatte, so passte der Ausdruck nicht in das breve mortis antecessoris, er war für dieses zu weit, und wurde daher hier ersetzt durch feodum. Nun lauteten also die Breven so: sorge dafür, dass der seines Freiguts Entsetzte wieder in den Besitz gelange, resp. dass der Erbe in den Besitz des ihm anerstorbenen Lehns seines Erblassers gesetzt werde. Eine weise Praxis hätte den darin liegenden, wenn auch durch den Ausdruck verhüllten Kern des reinen Besitzschutzes erfasst und zur Geltung gebracht, wie es in der Normandie wirklich geschehen ist, in England dagegen hielt man die Formel fest und liess den Gehalt fahren. So bildete sich eine Praxis, welche die Requisite der Besitzklage wesentlich umgestaltete.

„Einreden gegen das Breve sind unstatthaft, soweit sie sich nicht aus dem Wortlaute desselben entwickeln lassen" (Brunner, S. 330). Aber auch umgekehrt: alle Einreden sind statthaft, die sich an den Wortlaut des Breve anklammern können. Darum spielt bei Bracton eine grosse Rolle die exceptio ex libero tenemento (IV, tr. 1, c. 28). Und zwar in erster Linie so, dass der Kläger beweisen muss, er habe

das Gut als Freigut besessen, se in saisina fuisse de tenemento illo sicut de libero tenemento suo; insoweit darunter nur verstanden wird, er habe das Gut animo domini, nicht in fremdem Namen in Besitz gehabt, wäre die Sache auf dem richtigen Boden; soweit ist Bracton auch unsern Begriffen vom Besitzprocess homogen, wenn er IV, tr. 1, c. 28, § 6 sagt: Ex hoc quod continetur in brevi: de libero tenemento, datur exceptio tenenti contra assisam et contra querentem multis modis. Dicere enim poterit contra querentem, quod querens nunquam fuit in seysina de tenemento illo sicut de libero tenemento suo, quamvis quodammodo in seysina[1]). De hoc autem quod dicitur „suo" videtur per hoc innuere, quod si querens aliquando fuit in seysina, in seysina fuit nomine alieno et non proprio. Aber die Praxis hat sich dabei nicht begnügt; das breve sagt: untersuche, ob A den B de libero tenemento suo dejiciert hat; es muss also wirkliches Freigut des B gewesen sein, er darf es nicht blos mit dem Willen, es als solches zu haben, besessen haben. Hiermit ist der wichtige Schritt vollzogen, der die assisa novae disseisinae zu einer Art Publiciana gemacht hat. Jetzt wird nicht nur der Nachweis des Besitzes zu Freigutsrechte verlangt, sondern der des Freigutserwerbs.

> Bracton, IV, tr. 1, c. 18, § 1: Oportet querentem ostendere, quod sua intersit conqueri, quia non sufficit alicui dicere, quod aliquis disseysiverit eum de libero tenemento suo, sic proponendo intensionem, nisi illam fundaverit aliqua ratione probabili vel praesumtiva, ut si dicat quod talis disseysiverit eum de tali tenemento, quod ei descendit ex causa successionis vel

[1]) Das hängt zusammen mit der Theorie, die Bracton ausführlich in IV, tr. 1, c. 27, § 2 aufstellt: longe aliud est esse in seysina quam seysitus esse, sicut longe aliud est esse in possessione quam possidere... Sunt quidam in seysina et non seysiti, sicut sunt illi qui nomine possident alieno, licet quodammodo seysiti sunt quoad usum et quoad fructum, non tamen seysiti sunt quoad liberum tenementum.

donationis vel ex causa dotis vel ex aliqua alia justa causa acquirendi et unde fuit in seysina per tantum tempus donec ipse (de quo queritur) eum inde injuste disseysivit, vel quod tenementum illud, qualemcunque ingressum haberet, tenuit per tantum tempus quod sine judicio non debuit disseysiri.

Man bemerkt sofort, dass hier ein strenger Nachweis des eigentlichen Rechtserwerbs nicht gefordert wird, der Kläger soll sogar nur wahrscheinlich machen, dass er einen Besitztitel habe. Aber die Sache kann nicht auf diesem halben Wege stehen bleiben, und wird auch sofort weiter getrieben durch die mögliche Einwendung des Beklagten, dass er näher berechtigt sei, einen bessern Titel habe, vermöge dessen er sich incontinenti, also juste habe eigenmächtig in Besitz setzen dürfen. Ist letzteres der Fall, so kommt der Satz zur Geltung, dass der von einem Nichtberechtigten in den Besitz Gesetzte, wenn er auch beim Besitzerwerb in guten Treuen war, gleich dem Disseisitor gegen den wirklichen Eigenthümer mit der Assise unterliegt.

Bracton IV, tr. 1, c. 7, § 1: licet talis injuste possidens nullam haberet actionem contra veros dominos.

Diese Sätze fanden ihre Stütze auch in dem Worte injuste des Breves: quod R. injuste disseisivit eum. Denn der injusta disseisina muss eine justa possessio s. seisina des Entwerten und Klägers entsprechen, und eine solche ist nicht vorhanden, wenn der wirkliche Eigenthümer innert gehöriger Zeit den Gegner dejiciert hat.

In Zusammenfassung aller dieser aus dem Wortlaut der Formel entsprungenen Folgerungen bildete die Praxis Grundsätze aus, die in Kürze nach Bracton folgende sind:

Wer durch eigene Gewalt oder durch Belehnung von einem non dominus in den Besitz eines liberum tenementum gelangt ist und von einem Dritten, ganz Unberechtigten, disseisiert wird, hat ihm gegenüber das Recht zu sofortiger

Ejection oder die assisa novae disseisinae. Dieselben Rechte stehen dem feoffatus gegen den zu, der ihn belehnt und in Besitz gesetzt hat, wenn er nachher von diesem selbst wieder ejiciert wird. Wenn dagegen der verus dominus den a non-domino feoffatus incontinenti ejiciert, so hat letzterer, obschon er animo domini besass, keine Assisa novae disseisinae gegen jenen. Erst wenn der verus dominus nach Ablauf des tempus quod sufficere possit pro titulo die Dejection bewerkstelligt, hat der Ejicierte gegen ihn die Querel (oder das Recht, ihn incontinenter wieder zu vertreiben). Von den Belegen für diese Sätze ist das ganze Werk Bractons angefüllt, man vergleiche nur IV, tr. 1, c. 5. c. 7 § 1. c. 23. c. 27 § 1. Die überreiche Casuistik, die sich an diese Sätze anschliesst, kann hier nicht weiter verfolgt werden und bietet auch keine neuen Gesichtspuncte.

So sehen wir, wie die Praxis in stricter Unterwerfung unter den Buchstaben der Formel zu Resultaten gelangt war, die über Sinn und Zweck des reinen Besitzprocesses hinaus lagen. Dass Bracton diese Sätze als schon feststehend vorfand, als er sein Werk verfasste, ist kaum zu bezweifeln, da er sie als über alle Anfechtung erhaben darstellt und durch beständigen Hinweis auf concrete Rechtsfälle illustriert. Er Selbst schritt nun zu einer systematischen Behandlung dieses stoffs, und da stellte sich ihm als Grundprincip der Gedanke der Relativität alles Rechts und Besitzes dar. Aus der Thatsache, dass der a non domino feoffatus, auch wenn er animo domini besitzt, doch gegenüber dem verus dominus kein wirkliches liberum tenementum hat, folglich, wenn er von letzterm in continenti dessaisiert wird, mit der assisa novae disseisinae nichts gegen ihn ausrichten kann (wegen der exceptio ex libero tenemento), wohl aber gegen solche Entwerer, die selber kein besseres Recht haben und also dieser Einrede ermangeln, durch die assisa Hilfe findet, aus dieser Thatsache ergab sich Bracton die juristische Construction:

Rem alienam potest quis juste possidere, ut si

quis ex aliqua causa acquisitionis juste, sicut ex causa donationis vel venditionis fuerit in seysina sicut per non dominum, juste possidet et injuste, sed tamen secundum diversos respectus: juste, quantum ad feoffatorem suum et alios omnes qui jus non habent; injuste tantum, quantum ad ipsum qui jus habet s. verum dominum (lib. IV, tr. 1, c. 27, § 1).

Dieser Gedanke der Relativität beherrscht das ganze Werk Bractons: Uebergabe durch einen Unberechtigten ist relativ gültig:

II, 5, 2: Donatio inutilis est, quae irritari poterit et revocari, ut si fiat de re aliena, quia non videtur quis possessionem adeptus, qui eam ita nactus est ut illam retinere non possit, et tamen si res aliena donetur, erit donatio valida quoad dantem et quoad accipientem ab initio, licet invalida sit quantum ad verum dominum.

II, 18, § 2: Transfert (donator) id quod habet, et si non nisi usum fructuum tantum, tamen statim facit suo feoffato liberum tenementum quantum ad se et alios qui jus non habent, sed quantum ad verum dominum non, nisi post tempus.

Dies bis zur Ermüdung wiederholt, z. B. II, 14, § 1. II, 22, § 1. II, 25, § 1 i. f.

Tales (Erwerber) sive titulum habuerint sive non, quantum ad verum dominum qui jus habet et proprietatem, nunquam liberum tenementum habebunt nisi per longam possessionem, quantum vero ad non dominos qui dederunt vel quantum ad alios qui jus non habent, statim et incontinenti incipiunt habere jus et liberum tenementum.

Doch hat sich Bracton selbst einer gewissen Unsicherheit nicht ganz entschlagen können. Nach seiner Theorie musste er dem Disseisitor, der per tempus sufficiens pro

titulo ungestört geblieben ist und in Folge dessen unzweifelhaft die assisa novae disseisinae selbst gegen den verus dominus hat, der ihn erst nachher ejiciert (cfr. z. B. IV, tr. 1, c. 5), unbedingt liberum tenementum zusprechen, weil ja dieses Voraussetzung der assisa ist. Dennoch scheut sich Bracton ersichtlich, dies auszusprechen: in IV, tr. 1, c. 28, § 7 gesteht er dem Besitzer blos quasi liberum tenementum zu:

> Disseysitor cum tempus habeat pro se et quasi liberum tenementum, si fuerit disseysitus non obstabit ei exceptio quod liberum tenementum non habuit.
>
> Si disseysitor secundus propter negligentiam primi disseysitoris quasi liberum tenementum habere inceperit, si sine judicio ejectus fuerit sive a vero domino sive a priore disseysitore, seysinam recuperabit non obstante exceptione de libero tenemento.

Ja an einer andern Stelle, wo noch dazu nur von seinem Verhältniss gegenüber dem non dominus die Rede ist, spricht Bracton dem disseysitor und dem a non domino feoffatus trotz langem Besitz sogar das liberum tenementum überhaupt ab:

> IV, tr. 1, c. 7, § 1: Habebit querelam contra tales qui jus non habent, propter commodum possessoris, quia si tales qui jus non habent extra seysinam peterent, nunquam recuperarent versus possidentem, quamvis injuste, et ita remaneret suo loco possessio. Et cum neuter illorum jus habeat, nec feodum nec liberum tenementum, pro primo possessore judicandum erit.

Man sieht, wie sich hier die correctere Auffassung des Princips der Besitzklage Bracton nahe genug legte: das commodum possessoris, ohne Rücksicht auf sein Recht an der Sache. Aber er konnte es nicht durchführen, weil die Praxis schon längst die Berücksichtigung des Rechts hineingemischt hatte, zumal in dem Satze, dass der in continenti

disseisierende dominus unangreifbaren Besitz hat, wenn auch der Entwerte animo domini besass.

Aehnliche Erscheinungen zeigen sich bei den zwei andern Besitzklagen: der assisa de ultima praesentatione und der assisa mortis antecessoris. Die erstere interessiert uns hier weniger, ich bemerke daher auch bei ihr blos gemäss dem Grundsatze: ex articulis qui in brevi continentur elici possunt exceptiones (IV, tr. 2, c. 4 § 1) die stricte Unterwerfung unter die Formel darin, dass der die assisa nicht hat, qui tenet per feoffamentum, antequam semel praesentaverint. Wichtiger sind die Analogien zwischen assisa novae disseisinae und assisa mortis antecessoris. Ich übergehe, dass bei letzterer die ursprünglich auf die nächsten Verwandtschaftsgrade beschränkte Formel des Breve so streng eingehalten wurde, dass man für weitere Grade mit einem neuen breve de consanguinitate helfen musste. Wir betrachten blos das Verhältniss der Saisine.

Die assisa mortis antecessoris hat der Erbe in allen den Fällen, wo nach dem Tode des Erblassers ein Erbschaftsgut von einem Dritten ist occupiert worden, in Bezug auf welches der Erblasser selbst durch die assisa novae disseisinae wäre geschützt worden[1]).

> Bracton, I, 11, 1: Qui si a talibus tenementis ejecti fuerint, saisinam recuperabunt per assisam novae disseysinae, et cum assisam novae disseysinae habuerint, heredes habebunt assisam mortis antecessoris.
>
> IV, tr. 3, c. 9, § 2—5: qualitercunque quis feoffatus fuerit in feodo sibi et heredibus suis, ita quod assisam novae disseysinae habere posset, si ejectus

[1]) Die Behauptung Brunners, S. 334, dass die practische Aufgabe der ass. mort. ant. ursprünglich auf Schutz des Erben gegen den Lehnsherrn gegangen sei, scheint mir zweifelhaft, und aus den von ihm angeführten Stellen nicht zu belegen. Sie gieng wohl von Anfang an ebensogut gegen extranei, non conjuncti.

esset dum viveret, competit heredibus suis assisa mortis antecessoris post mortem suam, si saisitus moriatur.

Demgemäss entspricht der Stellung des verus dominus bei der assisa nov. diss. die des verus heres in der ass. mort. antec., und der des non dominus oder des a non domino feoffatus die des heres bastardus oder postnatus. Ergreift also ein Nachgeborner oder Bastard Besitz, so kann ihm zwar der Herr nichts anhaben und darf dieser ihn nicht ejicieren, quia hoc pertinet ad heredem et non ad dominum capitalem, wohl aber ist der verus heres berechtigt, ihn sofort (incontinenter) hinauszuwerfen (IV, tr. 3, c. 1, § 2). Dagegen ist die Abweichung von der assisa nov. diss. zu bemerken, dass wenn der verus heres gegenüber einem gleich nahen Verwandten das tempus pro titulo sufficiens verstreichen lässt, er ihn dann nicht mehr mit der ass. mort. ant. angreifen kann, weil der Besitzer dann liberum tenementum erworben und dadurch gleiche Saisine mit dem Gegner erlangt hat:

IV, tr. 3, c. 1, § 2: Non competit vero heredi contra tales assisa mortis antecessoris post longam et pacificam seysinam, ad seysinam antecessoris acquirendam, cum omnes descendant ab uno stipite, ex persona eius qui ultimo obiit seysitus de hereditate, sed locum habebit breve de recto.

IV, tr. 3, c. 10, § 2: Dicitur enim (in brevi) si talis antecessor fuit seysitus sicut pater vel mater et sic deinceps, quod inter petentem et tenentem non poterit assisa procedere . . . et propter paritatem juris non poterit assisa terminare seysinam et ideo alia actione opus erit scil. per breve de recto [1]).

Auch hier ist also der Grund dieser Besonderheit der Wortlaut des Breve. Im Uebrigen trifft die oben bemerkte

[1]) Vergl. auch Fleta, VI, 1, § 8—10: Omnes filii Ticii quotquot sunt in jure possessionis paritatem habent, et sic omnes propinqui. In proprietate enim pares fore non judicabuntur.

Analogie mit der ass. nov. diss. durchweg zu. Wie bei letzterer der Besitzer gegenüber einem, der kein Recht hat, ein quasi liberum tenementum hat und propter commodum possessoris geschützt wird, so hat auch der nähere Erbe, selbst wenn er nicht verus heres ist, gegen den entfernteren wie gegen den dominus capitalis und den extraneus die assisa mortis antecessoris, IV, tr. 3, c. 1, § 2 i. f. c. 16 § 2: notandum quod assisa mort. ant. competit fratri antenato versus extraneas personas et non conjunctas etc. Allerdings aber galten für die Besitzklage manche Verwandtschaftsgrade gleich nahe (z. B. die von Onkel und Neffe des Erblassers, IV, tr. 3, c. 11), auch wieder in Folge stricter Unterwerfung unter die Formel des Breves (IV, tr. 3, c. 2, § 2), so dass der Streit unter solchen Verwandten nur durch das breve de recto konnte erledigt werden.

Die Theorie von der Relativität alles Besitzes und Rechts gipfelt in der scholastischen Aufzählung der Besitzarten. Dass von vornherein der Besitz als ein Recht aufgefasst wird, kann zwar nicht verwundern; die Glossatoren gaben auch ihrerseits genug Anhaltspuncte dafür.

Bracton, I, 4, § 3: Supponitur jus quandoque pro actione, quandoque pro obligatione, quandoque pro hereditate, sicut pro proprietate rei, quandoque pro bonorum possessione, quia est jus proprietatis et jus possessionis.

Ebensowenig auffallend ist, dass dann das jus possessionis nach den Besitzklagen geschieden wird:

ibid. Item jus possessionis sicut feodum, unde locum habet assisa mortis antecessoris. Item jus possessionis sicut liberum tenementum, si quis tenuerit tantum ad vitam.

Die weitere Abstufung der Besitzarten dagegen je nach der rechtlichen Wirksamkeit des Besitzes ist directer Ausfluss der oben entwickelten Grundsätze über Zuständigkeit der Besitzklage, wobei immerhin für die Terminologie auch

wieder Azo einen Anstoss gegeben hat durch seine Summa in Cod. de acq. poss. N. 7 u. 8. Bracton stellt diese Stufenleiter an zwei Orten auf: II, 17, § 3 und IV, tr. 1, c. 1. Die Grundeintheilung ist die in possessio nuda (quae nihil juris habet nec aliquam juris scintillam) und possessio vestita (jure, titulo vel tempore). Die nuda possessio wird als eine solche bezeichnet, quae minimum habet possessionis et omnino nihil juris. Das ist die nuda pedum positio s. intrusio. Ihr am nächsten steht die possessio quae parum habet possessionis et nihil juris, d. h. der heimliche oder Precariebesitz. Von diesem gelangt man zu der possessio quae aliquid habet possessionis et nihil juris, das ist der Besitz des custos oder des firmarius, von denen es anderwärts (z. B. IV ,tr. 1, c. 27, § 2) heisst, sie seien nur in saisina, nicht saisiti; dann eine possessio quae multum habet possessionis et nihil juris, die einer nur auf Lebenszeit hat; daran schliesst sich die possessio quae plus habet possessionis et multum juris, der erbliche Besitz eines feodum, und endlich die possessio quae plurimum habet possessionis et plurimum juris, sicut est illa in qua quis habet liberum tenementum, feodum et proprietatem. Mit andern Worten: der letzte Grad ist die saisina des verus dominus, der vorletzte die des disseisitor tempore vallatus, des a non domino feoffatus gegenüber dem non dominus u. dgl. Die Saisine des verus dominus heisst daher auch seysina firma, die des non dominus tenera. Doch ist zu bemerken, dass die Stelle II, 17 § 3 in einzelnen Beziehungen abweicht, namentlich darum, weil dort von dem erbrechtlichen Gesichtspuncte ausgegangen wird.

Bracton sieht selber, dass seine Besitzklagen nicht mehr unverfälschte possessorische Natur haben: Incidit quandoque, sagt er III, 12, § 3, quaestio proprietatis in actionem intentatam super ipsa possessione, sive possessorium intentetur causa recuperandae possessionis, sicut in assisa novae disseysinae, vel adipiscendae possessionis, sicut assisa mortis antecessoris, et quo casu simul quandoque intentatur pro-

prietas cum petitorio judicio quoad cognitionem possessionis et non quoad pronuntiationem super proprietate. Et saepius inquirendum erit de ipsa proprietate, ut de possessione magis constare possit, et sic nihil commune habet possessio cum proprietate quoad pronuntiationem, licet quoad cognitionem, quia forte aliter judex non posset cognoscere de uno, scil. de possessione, nisi prius cognosceret de reliquo scil. de proprietate; pronuntiatio vero justitiarii erit super possessione. Ja es giebt beinahe keinen Fall mehr, wo nicht die Untersuchung der Rechtsfrage mehr oder weniger tief eingreift; und wenn man die Casuistik Bractons durchgeht, so bleibt man keineswegs bei dem Fall stehen, wo verus dominus und disseysitor oder a nondomino feoffatus einander entgegenstehen, sondern auch wo ein angeblicher villanus in Besitz ist, der frei zu sein und liberum tenementum zu haben behauptet, oder wo eine Uebertragung von Erfüllung einer Bedingung abhängig gemacht war (II, 6, § 1 und 4; 7 § 4), und in einer Masse anderer Anwendungen spielt die eigentliche Besitzfrage erst die zweite Rolle. Unter diesen Umständen verdient Bracton die Anerkennung, dass er den gefährlichen Pfad, den ihm die Praxis aufgenöthigt hatte, mit sicherm Tritte verfolgt und einem höchst bedenklichen Princip eine consequent durchgeführte Gestalt gegeben hat.

Das Rechtsbuch Fleta ist in dieser ganzen Lehre das Echo Bractons; und es ist ihm zum Verdienst anzurechnen, dass es nichts dazu gethan hat, was wohl nur Verwirrung angerichtet hätte. Die Hauptparallelen sind folgende:

Bracton.	Fleta.
II, 5, § 4.	III, 15, 5.
II, 6, § 1 u. 4; 7 § 4.	III, 11, 4.
II, 5, § 2.	III, 13, 4.
IV, tr. 1, c. 7, § 1.	IV, 2, 5.
IV, tr. 1, c. 18, § 1.	IV, 7, 2.
IV, tr. 4, c. 1.	V, 7, 1.
IV, tr. 3, c. 1, § 2. c. 10, § 2.	V, 8, 1.

Brittons Rechtsbuch ist ungleich weniger präcis als Bracton; die strenge Durchführung der Relativität der Saisine wird vermisst; um so mehr ist hervorgehoben die Nothwendigkeit des Titels des Besitzes für die assisa. Die Stelle, die bei Bracton das Requisit des Titels erwähnt (IV, tr. 1, c. 18, § 1), ist bei Britton (chap. 46 u. 47) zum Mittelpunct des Besitzprocesses gemacht. Die Besitzklage ist eine förmliche Publiciana.

Bruns (S. 355) folgert aus diesen Stellen, dass die englische Besitzquerel ursprünglich von der „altgermanischen Klage für den titulierten Besitz" ausgegangen sei. Das beruht zunächst auf der unrichtigen Ansicht von dem Verhältniss zwischen dem normannischen und dem englischen Recht; da das letztere nur Weiterbildung des ersteren ist, so müssten sich jene Sätze, wären sie wirklich altgermanisch, auch schon in der Normandie finden, was nicht der Fall ist. Weiter aber ist die sog. Klage für den titulierten Besitz nach unsrer Ausführung in § 5 nichts anders als die Klage über das Recht; wenn daher Bruns argumentiert, dass das Unterlassen der Selbsthilfe dem Usurpator den titulus temporis und damit diese Klage verschafft habe, so müsste der Schluss sein, dass der Usurpator vermöge des ihm als Titel dienenden langen Besitzes nicht eine Besitzklage, sondern die Klage über das Recht (de proprietate) habe, was nicht der Fall ist. Folglich kann die englische assisa de nova disseisina nicht aus der altgermanischen Klage über das Recht hervorgegangen sein. Nach meiner Ausführung ist die englische Gestalt der Besitzklage aus strengem Festhalten am Wortlaut des Breve erwachsen; dieses verlangt liberum tenementum, in dieser Richtung also ist die qualitas saisinae zu constatieren, und während das normannische Recht hiefür nur den Nachweis der saisina feodalis, d. h. des Besitzes mit animus domini (dominus im damaligen Sinn von Lehnsmann), ohne Rücksicht auf den Erwerbstitel, verlangte, gieng das englische Recht durch die Formel verleitet, wie wir sahen, darüber hinaus:

oportet docere, sagt Fleta, IV, 7, 2, qualiter fuit mihi liberum tenementum, ita quod quia mihi descenderit ex causa successionis vel ex aliqua alia justa causa adquirendi. Indem man sich zum Sclaven des Buchstabens machte, gieng das reine Princip der Besitzklage verloren, und an diesem Beispiel lernen wir wieder von Neuem das unvergleichliche Rechtsgefühl der Römer bewundern, welche neben meisterhafter Handhabung der Form dem Wesen des Rechts gerecht wurden.

Ist aber meine Auffassung des englischen Rechts bei Bracton richtig, so ergiebt sich auch daraus, dass die Saisine hier nichts Anderes war als die Gewere in Deutschland, nämlich Besitz einfach und schlechtweg. Wie man aber von der Theorie Bractons aus zu der Lehre von den Besitzständen (estate), zu der Auffassung der seisin als der Grundlage derselben und überhaupt des Immobiliarsachenrechts und zu ihrer Erklärung als einer blosen Form des Rechts gelangen konnte, ist nun auch leichter begreiflich, muss aber freilich als eine moderne Rechtsbildung bei Feststellung des ursprünglichen Rechts ausser Betracht bleiben.

Schlussbetrachtung.

Die späteren Schicksale der Gewere in Deutschland.

§ 32. Die Uebergangsperiode.

Wieder kehren wir nach Deutschland zurück, um zu sehen, was hier aus der Gewere geworden ist.

Zu den vielen ungelösten und unlösbaren Problemen, welche die bisher im Schwange gehenden Auffassungen von dem Wesen der Gewere und ihrer Stellung im Privatrechtssystem mit Nothwendigkeit haben hervorrufen müssen, gehört nicht als geringstes ihr vermeintlich plötzliches Verschwinden aus Rechtsleben und Rechtsanschauung des deutschen Volks: die „Grundlage des deutschen Sachenrechts" geht unter, ohne dass das Sachenrecht stark davon berührt wird. Sonst stürzt das solideste Gebäude zusammen, wenn sein Fundament zerstört wird, hier aber bleibt es, in wesentlichen Beziehungen selbst dem römischen Rechte trotzend, stehen und giebt nur seine Basis Preis. Mag man noch so hoch denken von der Alles überwindenden Macht des römischen Rechts, mag man sich selbst davon überreden, dass die rechtsgelehrten Hofräthe und Stadtsyndici in wenigen Jahrzehnten das nationale Recht mit dem Sauerteig des römischen Rechts durchsäuert haben, an die Unmöglichkeit kann doch Niemand glauben, dass ohne Weiteres das Sachenrecht auf einen fremden Boden sei gestellt worden, ohne doch im Grunde sein innerstes Wesen merklich zu verändern.

Alle Erklärungsversuche, welche dieses Räthsel zu lösen unternommen haben, mussten nothwendigerweise an der Unmöglichkeit der Erklärung scheitern, so dass schliesslich von dieser Seite betrachtet die Aufstellung Gerbers, jene Grundlage sei nur eine formelle gewesen, am meisten Ansprechendes hatte, insofern als dann wenigstens begreiflich geworden wäre, wie sie verschwinden konnte, ohne im materiellen Recht eine Lücke zu hinterlassen.

Besser gestellt in Betreff der Erklärung des plötzlichen Verschwindens der Gewere waren die, welche mit Delbrück den Schwerpunkt in das Processrecht verlegten, die Gewere als die Grundlage des deutschen Beweisrechts erklärten. Sie konnten sich einfach darauf berufen, dass mit der Reception der römischen Beweistheorie auch die Gewere untergegangen sei, gegen welchen Schluss wenigstens, unter Voraussetzung der Richtigkeit der Prämisse, nichts einzuwenden war.

Dem Allem gegenüber hat sich uns die Ansicht nahe gelegt, dass die Gewere nicht mehr und nicht weniger sei als Besitz, der juristische Besitz des deutschen Rechts, ja sogar Besitz in einer rechtlichen Auffassung und Gestaltung, welche mit der römischen possessio und ihrem rechtlichen Wesen und Gehalt den Hauptzügen nach übereinstimmt. Dieses Resultat könnte uns verlocken, unsere Untersuchungen mit dem kurzen Satze abzuschliessen, die Gewere sei mit der Reception des römischen Rechts verschwunden, weil die römische possessio und Besitztheorie an ihre Stelle getreten sei. So richtig das auch im Ganzen und Grossen ist, so irrthümlich wäre die Meinung, dass das mit Einem Schlage und vollständig geschehen sei. Wie und wieweit es erfolgt ist, sei hier noch kurz angedeutet.

Den Gang der Entwicklung kann man so bezeichnen: die erste Gesetzgebung der Reformationszeit kümmert sich fast gar nichts um die Besitzlehre und bewegt sich im Wesentlichen nothdürftig auf den vorgefundenen Rechtsquellen weiter, soweit von Besitz die Rede ist. Unterdessen

aber eignet sich die Wissenschaft die römische Besitzlehre oder richtiger die italiänische Doctrin an und die spätere Gesetzgebung nimmt dieselbe mit mehr oder weniger Vorbehalt an.

Man wird gerne zugeben, dass Deutschland einen schlechten Tausch machte, wenn es seine mittelalterliche Besitztheorie an die italiänische Doctrin dahingab. So Manches auch an der Theorie der Gewere unvollkommen und unentwickelt, so wenig sie vollendet war, so war sie doch klar, unverfälscht, principiell einheitlich geblieben, während die italiänische Jurisprudenz, wie wir sahen, auf bedenkliche Abwege gerathen war. Bedurfte es daher schon aus diesem Grunde einer längeren Bekanntschaft mit dem fremden Rechte, um der italiänischen Besitztheorie in Deutschland Boden zu verschaffen, so kam noch weiter dazu, dass die ersten Gesetzgebungen des Reformationszeitalters sich doch möglichst an eine frühere Rechtsquelle, wo eine solche vorhanden war, anlehnten und nicht das römische Recht zum Ausgangspunct nahmen. Da nun die Statuten des Mittelalters durchweg keine Besitztheorie aufstellen, und nur gelegentlich der Gewere erwähnen, so nahmen auch die Reformationen vorläufig noch denselben Standpunct ein. Das Hamburger Stadtrecht von 1497 z. B. ist nur eine Emendation und Erweiterung derjenigen von 1270 und 1292, von denen es auch noch den Ausdruck Were (im Sinn von Besitz und von Haus) und hebbende Were aufnimmt (E. 11. H, 9. I, 7, 9. L, 5, 11. N. 1. O, 20). So spricht auch das Braunschweiger Stadtrecht von 1532 nebst der Processordnung des Untergerichts daselbst (Pufendorf, observationes juris, IV, app. p. 78 ff. u. p. 120 ff.) beständig von Gewere: Gut in seinem Weren haben; antworten von seiner Were; in hebbender Were haben; zu der Were gehen; ausklagen bis auf die Were; versessene Zinse auf die Were mahnen (S. 86, 127—130). Ich lege weiter kein grosses Gewicht auf diese Stellen, da sie für die Besitztheorie unerheblich sind und die Gewere

nur in der alleräusserlichsten Beziehung erwähnen. Aber interessant ist es immerhin, dass der Ausdruck Gewere nicht verschwindet, obschon die juristische Denkweise der neuen Gesetzesredactoren doch eine römische geworden ist: man duldete den Ausdruck, weil er ebensogut und nichts anders war als Besitz, possessio, und somit nicht in Conflict mit römischer Denkweise stand. Ja er wird auch in der Folge nicht ganz verdrängt, das lübische Recht von 1586 braucht ihn (z. B. III, 4, 5), das Lüneburger von 1577, II, 2, 4. VIII, 35 (Pufendorf, Obs. IV, app. p. 657, 662, 787), das Hamburger von 1603 öfter, z. B. II, 4, 2, II, 6, 13. II, 6, 14. II, 8, 17. IV, 45, anderer Rechtsaufzeichnungen zu geschweigen. Im Süden Deutschlands tritt der Ausdruck schon mehr zurück, es findet auch schon römisches Recht mehr Eingang. Immerhin spricht selbst Zasius im Freiburger Stadtrecht Tr. I, tit. 13 (fol. 28) von „Gewer und Ersitzung" eines 10 Jahre lang besessenen Guts, die Nürnberger Reformation von 1479 von gewere oder besess, gewere und possess u. dgl. (tit. 29, Ges. 2 u. 4), und die von 1564 von gewher oder gerechtigkeit, in gewher setzen (tit. 16, Ges. 9, tit. 11, Ges. 5), woraus ersichtlich ist, dass der Begriff Gewere dem Begriff Besitz gleichgestellt war. Wie die Gesetzessprache bewegt sich auch der Urkundenstil in den althergebrachten Ausdrücken fort: der Verkäufer verzieht sich aller Rechten und Freiheiten, die er hinsichtlich des verkauften Guts haben möchte, und hierauf wird der Käufer in Gewalt und G e w e r des gekauften Hauses gesetzt, (z. B. Hug, Rhetorica und Formulare, fol. CLII). Und wie solche Gerichts- und Notariatsformeln sich unverändert von Geschlecht zu Geschlecht vererben, heisst es noch später, z. B. im 17. Jahrhundert bei Satler, Notariat und Formular Buch, Theil II, Cap. 8: Hat der Verkäufer den Käufer in die rechte Posses vel quasi, Gewehr und Gerechtigkeit der Gült gesetzt, oder: setzen ihn des Guts in nutzliche, wesenliche und rühige Possession, Besitzung, Gewalt und Gewehr. Ein bestimmter

Einfluss des römischen Rechts auf die Behandlung des Besitzes in den Gesetzen des 16. Jahrhunderts zeigt sich eigentlich noch einzig in der Richtung, welche einer Erweiterung am meisten zugänglich war: in der Behandlung des Besitzschutzes. Bestimmt unterschieden werden die beiden Arten der Besitzklagen wegen Dejection und Störung in der Untergerichtsordnung des Erzstifts Mainz v. 1534 (Sawr, fasc. I, p. 20), des Erzstifts Trier v. 1539 (Sawr, fasc. I, p. 91 b), und sonst; die Reformation von Worms (1498) und die ihr hierin folgende von Heilbronn (1541) sprechen, jene I, 23, III, 3, 5, diese I, 5, von der Spolienklage, ebenso wird die exceptio spolii öfter erwähnt, so unter diesem Namen in der Wormser Reformation III, 2, 6, ohne denselben in der Untergerichtsordnung des Erzstifts Trier v. 1539, in der Gerichtsordnung von Jülich (Sawr, fasc. I, p. 66 b, fasc. III, p. 30, tit. 54), im Freiburger Stadtrecht tr. 1, tit. 5 (fol. 11) u. sonst; und endlich ist das auf Einweisung des Klägers in das Gut hinauslaufende altdeutsche Contumacialverfahren, entsprechend der mit der italiänischen investitura salva querela vollzogenen Umwandlung (S. 296), zu einer missio in possessionem ex primo et secundo decreto geworden (Sawr, fasc. I, p. 4. 32. 46. 64. fasc. II, p. 4 b 32. fasc. III, p. 11 b. 20 b. fasc. VI, p. 31. 176. fasc. VII, p. 65). Immerhin sind diese Puncte so kurz abgefertigt, dass eine bestimmte Theorie aus ihnen nicht zu entwickeln ist.

Je weniger Anhaltspuncte somit die Statuten für eine Besitzlehre boten, desto ungehinderter konnte sich die Jurisprudenz den römisch-rechtlichen Anschauungen hingeben: oder vielmehr der italiänischen Doctrin; denn was schon vielfach bemerkt worden ist, das findet auch in der Besitzlehre seine bestimmteste Bestätigung: nicht das römische Recht ist in Deutschland recipiert worden, sondern die italiänische Rechtswissenschaft, die „romanisch-germanische Jurisprudenz" (Briegleb, Gesch. des Executivprocesses, 2. Aufl. I, S. 26 Note *). Und da, wie wir gesehen haben, gerade

in der Besitztheorie die italiänische Doctrin sich den germanischen Anschauungen keineswegs hatte entziehen können, so ist durch ihre Vermittlung mancher deutschrechtliche Satz in Deutschland selbst zu Ehren und neuem Ansehen gekommen, der bei der Rücksichtslosigkeit der deutschen Wissenschaft gegen nationales Recht schwerlich eine so unangefochtene Existenz hätte erlangen oder sich erhalten können, wenn die Juristen wirklich auf die römischen Quellen selbst zurückgegangen wären. Wir knüpfen daher hier an die vier Hauptpuncte, in denen schon die italiänische Besitztheorie sich dem Einfluss germanischer Gedanken hat beugen müssen, einige kurze Bemerkungen.

1) Die mehrfache Gewere von Herrn, Vasallen, Erbzinsmann ist anerkannt, ohne dass auch nur die Spur eines Zweifels dagegen erhoben würde. Dass sich dabei ein Anschluss an die italiänische Verwendung der Begriffe civilis und naturalis possessio vollzog, ist natürlich, doch erscheint dieser Anschluss freier und mit grosser Ueberlegung und Vorsicht. Nehmen wir z. B. Zasius in seiner lectura in tit. de acq. vel amitt. poss., so billigt er zwar im Allgemeinen die Meinung Azos über civilis und naturalis possessio, entwickelt aber doch in selbständiger Weise den mehrfachen Besitz von Ober- und Unterherrn als nothwendige Consequenz aus dem mehrfachen Eigenthum. Die Stelle verdient nähere Beachtung: Advertite, habebitis enim difficilia et utilia. Cum in feudo et emphyteosi, Hublehen, dominus habeat directum dominium, et vasallus et emphyteota, der lehenmann und der huber, dominium utile, das minder eygenthumb, ita quod huiusmodi dominia tanquam subalternata et subordinata (eins under dem andern, dem höhern dominio bringt das minder eigenthumb kein schaden, da sind zwen herrn des eygenthumbs, aber mit einer ordnung) apud duos in solidum consistant sine concursu, sine collisione et repugnantia, consequens est ut etiam possessionem sic subalternatam et subordinatam utrique domini in feudo et emphyteosi habeant.

Dominus enim feudum et curiam emphyteoticam quo ad jura pensionum et aliorum servitiorum respicientia directum dominium quasi possidet, cum sint jura incorporalia; vasallus et emphyteota quo ad utilitates feudi vel curiae recte possident, ratione utilis dominii, quia percipiunt utilitates feudi vel curiae. Et sic habetis duos, dominum et vasallum, unam rem scil. feudum civiliter et naturaliter possidentes. Wie sehr das in deutschrechtlichem Sinn gedacht ist, springt in die Augen. Was aber schon aus dem letzten Satz herausschimmert, ist die Abweichung von den Italiänern in der Vertheilung von civilis und naturalis possessio. Diesen ist der Eigenthümer der civilis possessor, der Vasall und Emphyteuta der naturalis. Bei Zasius umgekehrt: dominus naturaliter quasi possidet pensiones et jura sua, animo enim retinet etiam si non semper exerceat. Per predicta apparet quam omnino Doct. nostri circa hanc materiam defecerint. Nam glossa magis dat civilem tantum possessionem domino, et naturalem possessionem vasallo, quod sequuntur communiter Doctores. Jason reprehendit omnes et dicit se mirari de illis, qui in hoc vere putat naturalem et civilem esse apud vasallum. In alio et ipse errat cum ceteris, quod tantum sit civilis in domino. Hunc errorem nihil aliud fecit quam error in distinguendis pluribus possessionibus. Vasallus qui fundum alteri infeudat, das heyssen affterlehen, ambo dicuntur domini, et ambo habent possessionem diverso respectu, et licet communis sit opinio omnium prope Doct., quod hoc casu posterior vasallus naturaliter possideat, sed prior dominus qui subinfeudavit nihil retineat, id quod feudistae omnes tenent, tamen non puto verum esse, imo prior dominus manet dominus saltem umbra et habitu, quia potest exercere omnia jura quae competunt domino. Quo casu habetis tres dominos eiusdem feudi, primum dominum verum et directum, qui in principio concessit feudum, alter dominus est vasallus qui subinfeudat, et tertius dominus est vasallus vasalli qui accepit feudum: quo casu etiam recte dicentur tres possessores,

quilibet pro jure suo. Et ita sumus absoluti (laus Deo) de ista periculosa materia.

Der Widerspruch, in welchem Zasius sich hinsichtlich der Vertheilung des Civil- und Naturalbesitzes mit den Glossatoren befindet, ist die nothwendige Folge der Umgestaltung des innern Wesens der Rechte von Ober- und Unterherrn bei Lehn- und Erbzinsverhältniss. Im 12. Jahrhundert überragt das Recht des Lehns- oder Zinsherrn am Gute weit das des Lehns- und Zinsmanns an innerer Fülle und Intensität; der erstere ist wirklich noch Eigenthümer des Guts selbst, und beschränkt die Verfügung des Lehns- oder Zinsmanns in bedeutender Weise. Im 16. Jahrhundert ist das Obereigenthum am Gut zu einer Lehnsdienst- oder Zinsberechtigung zusammengeschrumpft, das dominium utile das eigentliche Eigenthum am Gut, auf welchem nur eine Last zu Gunsten des Herrn ruht. Während daher Bartolus noch dahin geneigt hatte, den Besitz des Vasallen und des Emphyteuta als Quasibesitz am jus in re zu behandeln, stellt Zasius den Besitz des dominus als Quasibesitz an den Lehnsdiensten und Zinsen dar. Entsprechend auch die verschiedene Verwendung der Begriffe civilis und naturalis possessio.

Ich habe gern diese Stelle von Zasius ausführlicher mitgetheilt, weil sie mir insofern von hervorragender Bedeutung erscheint, als sie, an Klarheit den meisten Italiänern überlegen, den Kern der Sache trifft und alle Elemente zu einer richtigen Lösung der Frage in sich schliesst [1]). Aber diese Ausführung wurde entweder nicht beachtet oder missverstanden. Was soll man denken, wenn man den Schüler Zases, Fichard, in seinen Consilia I, Cons. 8, n. 2 unter Berufung auf Zasius gerade das Gegentheil von dem oben Mitgetheilten behaupten sieht: Cum duae sint possessionis species,

[1]) Bruns, S. 374 scheint mir über Zasius ein zu hartes Urtheil zu fällen, mit Kling, Mynsinger etc. steht er doch nicht auf gleicher Linie. Ueberhaupt aber hat eben Bruns die deutschrechtlichen Ideen bei diesen Schriftstellern übersehen.

sive qualitates et respectus, ut nominat Zasius, receptum, dominum feudi civilem possessionem retinere, vasallum autem naturalem tantum possessionem obtinere. So spricht auch Melchior Kling (Enarrationes in IV Inst. libr. lib. II, tit. 6) unter Aufnahme von Bartolus Definition die civilis possessio 1) dem proprietarius, 2) dem dominus emphyteosis, 3) dem dominus feudi, 4) dem dominus soli, 5) dem precario concedens zu, während Usufructuar, Vasall, Colonus u. s. f. naturaliter tantum possident. Aehnlich Goden, Consilia, Vol. III, No. 4 u. 8, wo dem Usufructuar überhaupt jeder Besitz geläugnet wird. Modestinus Pistor, von demselben Boden aus, erläutert in der Weise des Bartolus den Naturalbesitz des Lehnsmanns als einen Besitz am Lehnrecht, Cons. 40 No. 7 u. 8: vasallus feudum naturaliter non domini, sed suo et proprio nomine possidet, imo jus suum feudale possidet etiam civiliter etc., eine Stelle, auf die sich Vultejus (Consilia Marpurg. III, cons. 20, n. 90) freilich auch missverständlicher Weise, zur Rechtfertigung der diversae possessionis species ausdrücklich beruft.

Andre hinwiederum blieben in engstem Anschluss an Azo stehen, so Mynsinger (apotelesma, ad Instit. Justin. ad lib. IV, tit. 15), auch Brunnemann, Comment. ad Pandectas, ad l. 3, D. de acq. vel. amitt. poss. No. 9. Daraus erwuchs dann die Streitfrage, ob der Vasall sibi sive domino naturaliter besitze, quae res contentione non caret (Rosenthal, tract. et synopsis totius juris feudalis, cap. 12, concl. 12, N. 30). Vollends in Verwirrung gerieth die Theorie des Civil- und Naturalbesitzes unter den Händen der Naturrechtslehrer, man vergl. z. B. Cocceji, jus civile controv. I, 8, qu. 2, und Leyser höhnte: Explica mihi, si potes, Azonem in summa tituli C. de acq. poss. (meditat. ad Pand. Spec. 451).

Für unsern Gegenstand hat es weiter keinen Zweck, die Doctrin hier näher in ihre Einzelheiten zu verfolgen; so viel steht fest, der Besitz des Vasallen und des Erbzinsmanns ist neben dem des Eigenthümers allgemein anerkannt; wie er sich zu dem letztern verhält, ist einerseits, soweit es sich

nämlich um die Ausdrücke civilis und naturalis handelt, eine Schulfrage, über die schon genug gesagt sein dürfte, andrerseits, soweit der Gebrauch der Interdicte in Betracht kommt, ein Punct, der noch nachher zur Besprechung gelangen soll. Ob der Usufructuar und der blose Pächter, conductor, Besitz haben, ist bestritten.

In diesen Geleisen bewegt sich auch die Gesetzgebung seit der Reformationszeit. Die kursächsischen Constitutionen von 1572 behandeln den Lehnsmann als Besitzer des Lehns, den Zinsmann als Besitzer des Lassguts (Thl. 2, XL u. XLVI), die Frankfurter Reformation von 1577 (in welcher Fichard seinem Lehrer Zasius wieder getreu wird) behandelt den Erbzinsmann als Besitzer (denn Erbleihe ist einer Alienation ähnlich, II, 15, 2), den Eigenthümer als Besitzer des Zinses (II, 15, 11—13), dagegen an geliehenen Sachen bleibt das Eigenthum sampt der possession dem Leiher (II, 13, 3).

Aus ihrem Schwanken hinsichtlich des Besitzes von Usufructuar und Pächter erhob sich die Theorie des 18. Jahrhunderts wohl unter dem Einfluss der französischen Jurisprudenz, welche jedem dinglichen Recht einen Besitz entsprechen liess und sich auch zu dem Besitze des Pächters hinneigt, zu der neuen Doctrin, welche im Codex Maximil. Bavaricus civilis II, 5 ihren vollendetsten Ausdruck gefunden hat. Wie Kreittmayr überhaupt in diesem Gesetzbuch nur die vorherrschende Doctrin codificiert hat, so entspricht auch der Abschnitt über den Besitz den Darstellungen Leysers und Andrer und zumal seine Anmerkung. Neu ist gegenüber der Theorie des 16. und 17. Jahrhunderts, dass Kreittmayr die possessio naturalis im Sinn von Besitz zu anderm dinglichen Recht als Eigenthum verwirft, und den Ausdruck nur für Detention in fremdem Namen braucht; die possessio civilis dagegen ist der Besitz „in der Absicht entweder auf das Eigenthum selbst, wie z. B. bei Vasallen, Erbrechtern, oder wenigstens auf ein jus reale, wie bei Pfandinhabern und Nutzniessern, oder gar auf ein jus personale, wie bei Pachtern

geschiehet.“ Auf dem gleichen Grunde ruht die bekannte Bestimmung des preussischen Landrechts, Thl. I, tit. 7, § 3—7, über deren Entstehung und Bedeutung Bruns S. 432 ff. nachzusehen ist. Dass diese Ausdehnung des Besitzes dem altdeutschen Recht keineswegs entspricht, und zwar darum nicht, weil nach letzterm eine Nutzung an einem Gut und damit die Gewere nur durch Begründung eines dinglichen Rechts möglich war, ist hiebei wohl zu beachten.

2) Die Besitzklagen. Hierüber darf ich kurz sein: denn die Ausbildung selbständiger Besitzklagen ist schon an sich etwas dem mittelalterlichen deutschen Rechte Unbekanntes und erst die italiänische Doctrin hat zu deren Einführung in Deutschland den Anstoss gegeben. Was aber jene Doctrin von germanischen Elementen in sich aufgenommen hat, ist schon im § 24 kurz erörtert worden. Freilich hat die deutsche Jurisprudenz diese Singularitäten noch verschärft. Neben dem von Bruns (Recht des Bes. und Jahrb. des gem. R. R. IV) Beigebrachten will ich kurz nur das hervorheben, was mir von dem Gesichtspunct meiner Darstellung aus besonders erheblich scheint.

Aus Italien wanderten nach Deutschland herüber das possessorium ordinarium und die actio spolii, die zwei Besitzklagen, in welchen die römischen interdicta Uti Possidetis und Unde Vi zu neuer Existenz gelangt waren. Diese zwei Klagen sind in jenen frühen Reformationen und Untergerichtsordnungen gemeint, welche von „Klag wegen gewaltiger Endtsetzung oder Entwerung und Klag gegen dem, welcher mich in meinem Besess betrübt, irret oder verhindert“, sprechen. Aber die Grenze beider ist so gut verwischt als in der italiänischen Praxis; die Theorie, dass die civilis possessio durch Dejection nicht verloren gehe, blüht in Deutschland kräftig auf. Statt vieler Beispiele, die sich bei Bruns und Delbrück finden, hier blos Ein besonders prägnantes: Consilia Marpurg. III, Cons. 22, N. 98: Cum enim possessio duplex sit, naturalis una, altera civilis, ut maxime naturalis per spolium commissum cui auferatur, civilis tamen possessio animo nihilominus retinetur.

Atque hanc civilem possessionem non amitti, tametsi alius naturalem sive corporalem possessionem ingressus fuerit, egregie deducit Socin. Andrerseits halten Doctrin und Gesetzgebung den Satz fest, dass bei Klage umb Irrung des Besitzes der ältere Besitzer siege, bei Klage wegen gewaltiger Entwehrung der Kläger die Dejection zu beweisen habe. Für Ersteres giebt einen bemerkenswerthen Hinweis auf das Bewusstsein seines germanischen Ursprungs eine Stelle in der lectura Zasii in tit. de poss. (p. 195): si pergat alter alterum molestare, welcher der erstman ist, der mag sich possessorem machen, id quod in nostra Germania consuetum est. Das letztere zieht sich unangezweifelt durch die Gesetzgebungen von der Wormser Reformation an bis zu denen des 18. Jahrhunderts hindurch, in dem ziemlich constanten Satz, wie ihn z. B. die bayr. Gerichtsordnung von 1616, tit. 7, Ges. 11 formuliert: So jemandt sich beklagt einer Entsetzung, der ist schuldig zu beweisen, dass er der Haab oder Guets, darumb er klagt, in besess und innhaben gewesen, und durch den beklagten oder jemandt von seinetwegen auff sein haissen entsetzt sei. Da nun aber wegen der oben bemerkten Theorie von der Fortdauer des Besitzes trotz Dejection auch bei gewaltsamer Entwehrung das interdictum Uti Possidetis, die Klage wegen Irrung, zu Gebote stand, so trat die eigentliche Klage wegen gewaltthätiger Entsetzung practisch meist in das Verhältniss einer Vorverhandlung für das eigentliche possessorium (ähnlich der réintégrande in Frankreich), und die Klage wegen Irrung wurde nun das förmliche possessorium ordinarium. Die Verwirrung wurde noch gesteigert durch die Zulassung petitorischer Einreden. Spricht schon die Wormser Reformation I, 23 davon bei der Klage wegen Dejection, so nahm dann namentlich das possessorium ordinarium diese Elemente in uneingeschränkter Weise auf, und die Literatur ist voll von Casuistik über das Thema: possessorium admixtam proprietatis causam habet, und über die daraus abgezweigte Lehre von der coloratio tituli.

Hat ein Eingehen auf Einzelheiten in der Entwicklung oder vielmehr Verwicklung der Besitzklagen für unsere Untersuchung von Fortdauer der Gewere weiter keinen Zweck, so ist dagegen ein kurzer Blick auf die Frage passend, wie es mit der Gewährung der Besitzklagen bei mehrfachem Besitz an derselben Sache sei gehalten worden. Diese Frage wird sehr einlässlich ventiliert in Bezug auf Lehn, hauptsächlich also bei den Lehnrechtsschriftstellern. Dass der Vasall die Besitzklagen habe, wird als unumstössliches Axiom aufgestellt. Gegen wen er sie habe, führt zu genauen Untersuchungen. Nicht bezweifelt wird, dass dem Vasall die remedia possessoria gegen den Lehnsherrn zustehen, man vergl. z. B. Mevius, decisiones, V, 178, Vultejus de feudis, lib. II, c. 1, N. 15. Rosenthal, tract. et synopsis iuris feudalis, cap. 12, concl. 12, welche beide letztern auf die quotidiana experientia in Camera imperiali und die facultas juridica Francofurtensis verweisen. Weniger leicht wird es mit der Klage gegen Dritte genommen. Doch enthält darüber Rosenthal a. a. O. eine bemerkenswerthe Ausführung. Sehen wir, sagt er No. 44, ob dem Herrn oder dem Vasallen oder beiden die Besitzklagen gegen einen Dritten zustehen. Dass beide klagen können, bestreiten die einen, behaupten die andern. Aber man muss unterscheiden: wird durch die Turbation oder Dejection das jus directum des Herrn betroffen, so kann er ohne den Vasallen oder in Gemeinschaft mit diesem klagen; z. B. wenn der Dritte den Vasall dejiciert hat, um sich das Gut als sein Allod anzueignen oder weil er es als Lehn von einem andern Herrn in Anspruch nimmt; damit hat er sowohl Recht als Besitz des Herrn in Frage gestellt. Nach diesem Grundsatz wird am Reichskammergericht täglich verfahren. Behauptet aber der Dritte das Lehn selbst von demselben Herrn zu haben, so ist dieser in seinem Besitz nicht angegriffen, und hat daher auch keine Besitzklage. Man sieht, wie die in § 8 erörterten Gedanken hier nachklingen.

3) Die Gewere des Erben am Erbschaftsgut ohne Apprehension wird mit überwiegender Mehrheit von den

Juristen geläugnet, freilich nicht aus juristischen Motiven, sondern nur weil das gemeine Recht nichts von ihr wisse, denn die Möglichkeit, dass sie particularrechtlich bestehe, wird rückhaltlos zugegeben, und die italiänischen Statuten, welche die Erbschaftsgewere enthalten, sowie das französische und das spanische Recht, sind nicht unbekannt. So Zasius, lectura p. 241. Goden, consilia, 26, 5. Fichard, Cons. II, cons. 147, N. 16. Cons. Marpurg. IV, cons. 48, N. 280. Mevius, Comm. ad jus Lubec. lib. II, tit. 2, art. 27, n. 1 ff. Cons. Tubing. I, cons. 125 N. 71 ff. (Schweder), IX, cons. 10, N. 63 (Schöpff). Der Grund dieser überraschenden Läugnung des deutschen Rechts erklärt sich aus der Verachtung der Juristen gegen alle „lobliche Gewohnheit". Die Erbschaftsgewere war ja recht eigentlich Gewohnheitsrecht, das selbst in den Rechtsquellen des Mittelalters kaum eine Aufzeichnung gefunden hatte. So fand sie sich auch nicht in den Gesetzgebungen der Reformationszeit und wurde daher frischweg geläugnet. Besonnenere Juristen behaupteten dennoch die Existenz dieses Gewohnheitsrechts. Darüber möge statt Mehreren der Bericht Stryks hier stehen, der sich selber (usus mod. Pand. ad tit. de poss. § 8) auf Grund der doctores Praxeos Imperii peritissimi gegen die Existenz der Erbschaftsgewere entscheidet, aber meldet: Pro affirmativa videtur pugnare Carpzov. P. 3, c. 9, d. 27, N. 5, ibi: cum ex generali locorum fere omnium consuetudine non saltem dominium, sed et possessio rerum hereditariarum ipso jure in heredem transeat; v. idem dec. 225. Contraxit vero Carpzovio Hahnius in pecul. dissert. de transitu poss. in heredes, contra quem iterum disputavit Schilterus in praxi jur. Rom. ex. 15 § 17. Uebrigens hat auch Lauterbach der Autorität Carpzows nicht zu widersprechen gewagt in den Cons. Tubing. tom. III, cons. 222, N. 80 ss. und Vultejus thut der Controverse Erwähnung, ob im Lehnrecht die Erbschaftsgewere gelte, Cons. Marpurg. III, cons. 20 N. 41: Nec desunt qui possessionem bonorum feudalium in heredes vasalli defuncti etiam sine apprehensione continuari teneant (wie ja die

Lehnrechtsquellen die Gewere des Erben oft erwähnen). Von demselben Vultejus findet sich a. a. O. N. 38 die vermittelnde Aeusserung: Licet possessio in successorem non continuetur, nisi corpore apprehendatur, in dubio tamen continuata praesumatur possessio in heredem.

4) Der Besitz an Rechten ist wie bekannt nicht nur nicht auf die Einschränkung des römischen Rechts zurückgegangen, sondern hat sich über alles Mass hinaus erweitert. Hatte das mittelalterliche Recht an der Nutzung, die es sehr concret als Zins- und Geldertrag auffasste, ein festes Kriterium für die Gewere gehabt und darin namentlich auch einen heilsamen Wegweiser für die Anerkennung einer Gewere an Rechtsamen gefunden, so verlor dagegen die Jurisprudenz seit dem 16. Jahrhundert, da sie nur mit dem abstracten Begriff der „Possession" zu argumentieren hatte, jeden Halt, und die possessio vel quasi wurde das Steckenpferd der Theorie und für Alles benutzt. Dem deutschen Recht darf hiefür keine Schuld beigemessen werden.

Endlich, damit es nicht scheine, als sei sie vergessen, mag ein Wort der Erwähnung auch noch der rechten Gewere gewidmet werden. Nur ein Wort: denn die rechte Gewere gehört nach dem oben Gesagten nicht dem engen Kreise der Besitztheorie an so wenig als die römische usucapio. Hinsichtlich der rechten Gewere kann man sich am besten bei der Auskunft beruhigen, dass sie dem gemeinen Civilprocessrecht habe weichen müssen. Ihre Functionen sind ja in der That durch den altdeutschen Process, zumal die altdeutsche Beweistheorie bedingt: Beweis des jährigen Besitzes mit Zeugen und nachher Beschwören des auf ein Recht begründeten Besitzes, das ist ein Verfahren, das sich nur aus dem altdeutschen Beweisrecht erklärt und mit diesem fallen musste. Wo sie nicht ganz verschwand, kam es zu einer Vermischung mit dem römischen Usucapionsprincip, und aus dieser Verbindung gieng oft ein etwas seltsames Erzeugniss hervor, das besonders durch ein Verschwimmen der Begriffe Ersitzung und

Verjährung gekennzeichnet ist. Das deutlichste Bild von der im 18. Jahrhundert vorherrschenden Auffassung giebt auch wieder der Codex Maximilianeus Bavaricus civilis II, 4 „Von der Verjährung (Usucaptione vel Praescriptione)“, zumal § 4: Zur Verjährung werden regulariter folgende Stücke erfordert: 1) das Inhaben des verjährten Guts, 2) ein rechtmässiger Titel, 3) bona fides, . . . 4) die Vollstreckung des in den Rechten bestimmten Zeitverlaufes. Dieser Zeitablauf ist gemeiniglich der römische Usucapionstermin von drei Jahren bei Fahrnis, von 10 resp. 20 Jahren bei Liegenschaften. Durch die Verjährung erlangt man das Eigenthum. Von der alten rechten Gewere ist da in der That kaum noch eine Spur vorhanden ausser in der technischen Bezeichnung, die sich durch eine Anzahl Gesetze hindurchschleppt, obschon sie keineswegs elegant ist: „Nutz- und Gewähr-Ersitzung“. Selbst der steifrömische Fichard spricht in der Frankfurter Reformation von „Usucapion oder Gewehr“. Vielleicht am meisten Anklänge an die rechte Gewere haben sich in einigen schweizerischen Gesetzen erhalten; an das alte magdeburgische Recht und die in Bezug auf das Erforderniss der Auflassung vor Gericht mit ihm übereinstimmenden Rechte mahnt das Lucerner Civilgesetzbuch § 779: Derjenige, welcher eine Sache durch die Verjährung erwerben will, muss diese während des ganzen Zeitraumes, den das Gesetz dazu erfordert, ununterbrochen auf eine rechtmässige und redliche Weise besitzen: und wenn dieselbe zu den unbeweglichen Sachen gehört, so muss er den Besitz in Folge einer gerichtlichen Zufertigung ausüben.

§ 33. Das heutige Recht.

Was ist denn, fragen wir schliesslich noch, das Ergebniss für das heutige Recht? Ist von der altdeutschen Gewere noch irgend ein Factor übrig geblieben, der für die heutige Besitztheorie könnte fruchtbringend gemacht werden, oder ist das römische Recht zur Alleinherrschaft gelangt, nachdem Savigny den Augiasstall gesäubert hat? Und im erstern Fall, wie weit

reicht noch die Wirkung der altdeutschen Gedanken? Ermöglichen sie eine wirklich neuschaffende und neugestaltende Kraft der höhern Ausbildung, entbinden sie wirklich Kräfte, die bei den Römern entweder einseitiger und unverdienter Weise zurückgedrängt worden oder in ihrer Cultur nicht vorhanden gewesen sind, unsrer Cultur dagegen angehören? Oder gestatten sie blos eine mehr auf den Schein wirkende Bereicherung des Stoffs, welche im besten Fall eine äusserliche Decoration, wahrscheinlicher aber ein schlimmes Flickwerk bleibt? Es fällt nicht leicht, auf diese Fragen zu antworten. Nicht Jedermann ist so rasch bei der Hand, wie Bluntschli den kategorischen Ausspruch zu thun: „Der Blick in die neueren Gesetzeswerke und die unbefangene Prüfung der Volksanschauung und der in der Natur der Dinge sich spiegelnden Rechtsideen nöthigen zu der Ueberzeugung, dass die herkömmliche Schultheorie nicht genüge und dass die deutschen Rechtsgedanken des Mittelalters nicht ebenso erstorben seien wie das Wort Gewere.“ Und sieht man näher zu, worin die Nachwirkung der deutschen Rechtsgedanken in der Volksanschauung bestehen soll, so wird man noch misstrauischer gegen solche Rede. Ich will nicht davon sprechen, dass es sich Bluntschli doch etwas zu bequem macht, wenn er sich für die Existenz des Besitzes des Miethers in seinem deutschen Privatrecht auf den § 490 seines Zürcher Gesetzbuchs und in der Anmerkung zu § 490 seines Zürcher Gesetzbuchs auf sein deutsches Privatrecht beruft. Dagegen muss in gewissenhafteste Betrachtung fallen, ob das, was als noch heute wirksamer deutscher Rechtsgedanke aufgestellt wird, wirklich inneres Leben habe und für das Princip des betreffenden Rechtsinstituts verwerthbar, oder nur Flitter sei. Mir ist die Ansicht sehr zuwider, welche unbesehen Alles, was mit dem römischen Recht ganz oder annähernd übereinstimmt, auch dem römischen Recht vindiciert; aber ebenso falsch erscheint es mir, wenn man um jeden Preis ein römisches Princip, das im Ganzen unzweifelhaft recipiert ist, durch halbwahre oder ganz un-

wahre Sätze verunstaltet, die im deutschen Recht in anderer Verbindung ihre Rechtfertigung gefunden haben, heute aber sie im Zusammenhang mit dem römischen Princip nicht mehr haben, blos um sagen zu können, das deutsche Recht sei hier nicht völlig abgestorben. So z. B. halte ich einerseits die Behandlung des Kinderguts als bona adventicia, obschon äusserliche Gleichheit besteht, für verfehlt, weil die Summe der darauf bezüglichen Rechtssätze der noch lebendigen deutschen Sitte und Häuslichkeit entstammt und das Princip der Munt noch fruchtbar genug ist, um eine Weiterbildung auf dieser Grundlage zu ermöglichen, während das Institut durch Unterwerfung unter das römische Recht seinem natürlichen Boden entrissen und auf einen Zweig gepfropft würde, der selber in keiner natürlichen Verbindung mit dem ihn tragenden Stamme steht, sondern in das römische Familienrecht selbst nur künstlich eingepflanzt ist. Dagegen ist es für die Rechtsentwicklung ein gefährliches Experiment, ein Rechtsinstitut, das in seinen heutigen Grundprincipien römisch ist, durch Festhalten einzelner angeblich oder wirklich deutscher Rechtssätze seiner einheitlichen Gestaltung und Fortbildung zu berauben. Davon räth schon der äusserliche Grund ab, dass es nicht wohlgethan ist, ohne Noth den Vortheil preiszugeben, den die consequente Durchführung eines Rechtsgedankens, wie sie die römischen Rechtsinstitute characterisiert, gewährt. Damit es geschehen darf, müssen die Modificationen innerlich tief begründet sein. Das scheint mir in Betreff der Besitzlehre nicht der Fall zu sein. Um meine Ansicht hierüber zu begründen, stelle ich römisches und deutsches Besitzrecht in einer kurzen Characteristik einander gegenüber.

Hinsichtlich des Wesens des Besitzes haben wir den wichtigen Unterschied, dass das deutsche Recht den animus domini nicht fordert. Die Abweichung vom römischen Recht zeigt sich in doppelter Richtung: es ist eine gleichzeitige Gewere Mehrerer an derselben (unbeweglichen) Sache möglich, und der abgeleitete Besitz des Vormunds (Ehemanns), Pfand-

gläubigers, Niessbrauchers (Leibzüchters) ist nicht Anomalie, wie die possessio des Faustpfandbesitzers, sondern Basis des deutschen Systems. Kann man auch für die mehrfache Gewere das Princip des animus domini dadurch retten, dass man sie dem dominium directum et utile entsprechen lässt, so ist das eben doch nicht römisch gedacht, sondern eine den mittelalterlichen Culturzuständen entsprungene Anschauung. Diese Verschiedenheiten zwischen römischem und deutschem Recht liegen aber keineswegs nur auf der Oberfläche, sondern schlagen ihre Wurzeln in den innersten Rechtsorganismus. Vor Allem geniessen die Römer des Vortheils einer nicht nach Ständen zersplitterten Rechtsbildung; ihre Rechtsinstitute sind absolut, für Jeden gleich; es giebt nur Einen Begriff des Eigenthums u. s. f. und so auch nur Einen Besitz. Weil an einem Gut nur Ein Eigenthum denkbar ist, so kann auch nur Ein Besitz daran bestehen. Weiter bemerken wir die Selbstbeschränkung der Römer in der rechtlichen Anerkennung des Besitzes. Genau besehen haben sie dem Besitz in ihrem Rechtssystem nur so weit Raum gegeben, als sie seiner bedurften, um das Eigenthum allseitig sicher zu stellen. Die Interdicte sind eine prätorische Erweiterung des Eigenthumsschutzes in analoger Weise wie die bonorum possessio eine solche des Erbrechts ist. Der Gedanke gewinnt durch Iherings Schrift über die Besitzlehre neue Nahrung, dass der Prätor den Besitz aus seiner dienenden Stellung erhoben und ihn nach bestimmten Richtungen als Ersatz des Eigenthums hingestellt hat. Darauf ist auch der Rechtsschutz der possessio eingerichtet; es ist begreiflich, dass er dem blosen Pächter, Miether, Commodatar nicht gegeben wurde, schon darum, weil er in die ganze Oeconomie der persönlichen Rechte nicht passte und man nicht eine Klage, die zur Ausfüllung des dinglichen Klagensystems diente, Jemanden geben konnte, der kein dingliches Recht hatte. Für den Servitutberechtigten (namentlich Usufructuar), Superficiar u. s. w. aber wurde durch die juris quasi possessio und die Interdicte zu deren Schutz eine etwanige

Lücke, die sich im Lauf der Zeit fühlbar machte, ausgefüllt. Harmonisch abgeschlossen, innerlich einheitlich und äusserlich elegant ist die Besitztheorie in das System des römischen Rechts eingeführt.

Das deutsche Recht ist das gerade Gegentheil davon, aber doch, Niemand kann es läugnen, ein gelungenes Erzeugniss der mittelalterlichen Cultur. Ich will nicht wiederholen, wie es zu der mehrfachen Gewere des Herrn, des Vasallen, des Zinsmanns gekommen ist, sie war geboten durch die Rechtskreise von Land-, Lehn-, Hofrecht. Aber auch innerhalb eines solchen Kreises ist der Besitz nicht nur als der thatsächliche Ausdruck des Eigenthums zu rechtlicher Anerkennung gelangt, sondern der Begleiter jedes mit Nutzung der Sache verbundenen dinglichen Rechts geworden. Warum haben die Deutschen keine juris quasi possessio in römischem Sinn, also eine Gewere des Leibzüchters an seinem Leibzuchtrechte u. s. w., gebildet? Es haben verschiedene Gründe zusammengewirkt. So wenig ich den nächstliegenden unterschätze, dass das eine Abstraction voraussetzt, die dem deutschen Recht ferne liegt, so müssen doch noch tiefer liegende Gründe vorhanden sein, welche bewirkten, dass man sich bei diesem Zustande wohl fühlte. Und so ein Grund war sicherlich der, dass die deutschen Rechte an fremder Sache weit intensiver ausgestaltet sind als die römischen. Von Caution des Leibzüchters ist keine Rede, er schaltet und waltet in ganz anderm Mass über das Gut als der usufructuarius, er ist Eigenthümer auf Lebenszeit, hat ein revocables Eigenthum. Ihm steht der Ehemann, wenn nicht noch weiter voran, so doch gleich. Aehnlich ist es beim Pfandgläubiger. Dazu kommt, dass gemäss dem altdeutschen Processrecht, dessen Schwerpunct in der Frage der Rechtmässigkeit des beklagtischen Besitzes beruht, und dessen Beweisverfahren darum sich um die zwei Puncte dreht, ob der Beklagte seinen Besitz auf einen rechtsbegründenden Titel zurückführen, resp. der Kläger diesen Titel als unwirksam darstellen könne, nothwendigerweise der juristische Besitzer

ins Recht gefasst werden muss, nicht ein bloser Detentor (z. B. Amtmann), der von der ganzen Sache nichts weiss und die Vertheidigungsmittel nicht hat (S. 221). Wäre nun der Leibzüchter bloser Detentor in römischem Sinn, hätte er keine Gewere, so müsste der Eigenthümer belangt werden, der keinerlei Interesse daran hätte, den Leibzüchter ins Recht zu rufen, und so würde möglicherweise der Process entschieden zu Ungunsten des Beklagten und damit des Leibzüchters, Pfandgläubigers u. s f., ohne dass dieser letztere Gelegenheit gehabt hätte, sein Recht an der Sache zu wahren. Indem aber die Gewere ihm zugesprochen wird, muss er belangt werden, und da es dann in seinem eigenen Interesse liegt, den Eigenthümer zur Hilfe ins Recht zu rufen (S. 162), so kommt dabei auch dieser letztere nicht zu kurz. Die Römer hatten solche Rücksichten nicht zu nehmen, weil dingliche Klagen gegen den Detentor gerichtet wurden. Vor Ausschreitungen in dieser Hinsicht blieb das deutsche Recht dadurch bewahrt, dass es streng an der Nothwendigkeit des Nutzungsbezugs für den Begriff der Gewere festhielt, und die wirthschaftlichen Zustände des Mittelalters den Nutzungsrechten von selbst eine dingliche Richtung und Ausgestaltung gaben, so dass selbst Zeitpachten doch keineswegs wie die locatio conductio der Römer nur persönliche Rechtsverhältnisse erzeugten, sondern ein Recht am Gut bewirkten, wozu übrigens wesentlich beitrug, dass das deutsche Klagensystem von Anfang an den Unterschied dinglicher und persönlicher Klagen nicht ausgebildet hatte, wie auch die Verschiedenheit dinglicher und persönlicher Rechte eine unbewusst geübte war. So kam das deutsche Recht nicht in Versuchung, blos obligatorisch berechtigten Pächtern u. s. f. Gewere zuzusprechen. Und als seit dem 14. Jahrhundert in den Städten die moderne Miethe auftrat, wurde dem Miether, wie uns z. B. das Brünner Schöffenbuch (oben S. 119) zeigte, unter Einfluss des römischen Rechts keine Gewere zuerkannt.

So hängt römisches und deutsches Besitzsystem auf das

Innigste mit der ganzen Rechtsordnung nach den verschiedensten Richtungen zusammen und passt hier wie dort zu den in Cultur, Sitte, Processgang u. s. f. vorhandenen Grundlagen und Anschauungen.

Es ist daher die Beantwortung der Frage, wieweit hinsichtlich des Begriffs und des Wesens des Besitzes eine Nachwirkung und Geltung deutschrechtlicher Ideen noch heute anzuerkennen sei, vor Allem davon abhängig, ob die altdeutschen Grundlagen der Rechtsordnung, soweit sie auf die Gestaltung der Gewere Einfluss hatten, noch wirksam sind oder nicht. Diese Frage muss verneint werden. Die in den mittelalterlichen Standes- und Culturzuständen wohlbegründete Abstufung des Eigenthums und der Gewere und damit die mehrfache Gewere ist mit der alten Cultur selbst dahingegangen, wenigstens bis auf geringe Reste. Solche Reste liegen noch vor in lehnrechtlichen und erbzinsrechtlichen Ueberbleibseln. Für solche wird es kaum einem Widerspruch begegnen, wenn man das deutsche Princip der Gewere auf sie anwendet. Doch auch bei ihnen, scheint mir, erfordern es die heutigen Verhältnisse, über das altdeutsche Recht hinauszugehen und mit Bestimmtheit den Schritt zu thun, der sich schon Zasius aufdrängte: kein mehrfacher Besitz an derselben Sache mehr, sondern ausschliesslich Besitz an dem Gute selbst auf Seite des Lehnsinhabers, des Erbzinsmannes, dagegen Besitz am Rechte auf die Leistungen auf Seite des Lehnsherrn, des Erbzinsherrn. Das entspricht einzig den heutigen Bedürfnissen. Weiter aber sind auch die grundlegenden Anschauungen für Entscheidung der Frage, ob noch ein (abgeleiteter) Besitz des Pfandgläubigers, des Niessbrauchers, des dinglich Berechtigten überhaupt oder gar des nur persönlich berechtigten Miethers, Commodatars, Depositars u. s. f. anzuerkennen sei, durchaus die römischen geworden. In Fleisch und Blut ist uns übergegangen vor Allem die scharfe Trennung von Eigenthum und jura in re aliena, welche keine der Verschwommenheiten mehr zulässt, die das deutsche Recht weniger in der Conception im Ganzen,

als in der Durchführung von Einzelheiten hie und da aufweist. Ebenso geläufig ist uns die Scheidung der dinglichen und persönlichen Rechte, welche uns nicht nur z. B. Niessbrauch und Leihe als von Grund aus verschiedene Institute erscheinen lässt, sondern auch da, wo äusserlich betrachtet eine gleichartige Nutzung eines Guts stattfindet (Niessbrauch und Pacht), doch der Nutzung nicht mehr den massgebenden Einfluss auf die Bestimmung des rechtlichen Verhältnisses einräumt. Endlich haben wir die römische Beweistheorie aufgenommen und dadurch mit der Nothwendigkeit gebrochen, den juristischen Besitzer zu belangen. In diesen Hinsichten hat, wenn man mit Bluntschlis Worten reden mag, „das römische Recht bleibende Rechtswahrheiten geoffenbart", nicht aber für den „Gegensatz von Recht und Besitz", den das deutsche Recht ganz ebenso gut gekannt hat.

Sind aber alle die Gedanken, welche im innersten Grunde die Besitztheorie beherrschen, römisch, so begreife ich nicht, was für ein Interesse bestehen kann, an dem wohlgefügten Bau der römischen Besitzlehre zu flicken. Das ist mir ebenso widerwärtig als die Ausschmückung deutschrechtlicher Institute etwa des Familienrechts mit römischen Principien. Gleich verwerflich sind die zwei dem Pantheon zu Rom aufgesetzten Ohren und die der Peterskirche zu Genf applicierte Vorhalle in antikem Stil. Und was wird denn für die Ertheilung des Besitzes an den Usufructuar, ja selbst an den Pächter, Miether, Entlehner geltend gemacht? Diese Personen ständen in einem thatsächlichen Herrschaftsverhältniss zur Sache in eigenem Interesse, ihr Inhaben, ihre Besitzruhe sei Bestandtheil der thatsächlichen Ordnung, sagt man. Klingt das vielleicht recht niedlich, so ist es doch von juristischem Standpuncte aus nicht gar gründlich. Wenn man allen diesen Personen Besitz zuspricht, versagt man ihn dann dem Eigenthümer? Das will, so viel ich sehe, Niemand. Bluntschli wenigstens sagt: „Der Vermiether als Eigenbesitzer, der durch die an seiner Sache verübte Gewalt auch selbständig verletzt ist, kann auch klagen". Also ein

mehrfacher Besitz, der in dieser Anwendung so wenig ein „deutscher Rechtsgedanke“ als ein römischer ist, denn das deutsche Recht hat erstens bei bloser Miethe eines Hauses keine Gewere des Miethsmanns, bei Miethe eines Fahrnissgegenstandes keine Gewere des Vermiethers, und zweitens bei Ususfruct (Leibzucht) überhaupt keine Gewere des Eigenthümers gekannt. Also doppelter Besitz und doppelte Besitzklagen? Welche Klage geht dann vor, die des Eigenthümers oder die des Miethers, Commodatars u. s. w.? Es ist leicht möglich, dass die Interessen beider hierin keineswegs identisch sind. Dem Miether oder Entlehner einer Sache, die der Eigenthümer zurückverlangt, ist es vielleicht ganz recht, wenn ein guter Freund sie ihm scheinbar wegnimmt, er stellt dann die Besitzklage an, zieht den Process in die Länge so viel er kann, und benutzt unterdessen die Sache bei seinem Freund ruhig weiter. Der Eigenthümer muss also auch aus seinem Besitz klagen, um sein Interesse zu wahren. So gehen zwei Processe neben einander her (denn es liegt nicht eadem causa vor), zu denen möglicherweise nachher noch ein Dritter zwischen Eigenthümer und Commodatar u. s. w. kommt. Weiter aber, selbst wenn wir von der Möglichkeit einer Collision der Interessen dieser beiden absehen, hat es keinen Sinn, dem blosen Miether eine Besitzklage zu geben. „Wer eine Wohnung gemiethet hat, sagt Bluntschli, wird, wenn ein Dritter ihn in dem ruhigen Besitz seiner Zimmer stört oder herauswirft, dadurch nicht in seinem obligatorischen Verhältniss zum Vermiether, sondern in seiner Besitzruhe verletzt.“ Gut, eben weil sein Verhältniss zum Vermiether dadurch nicht berührt ist, braucht er selber sich nicht Recht zu suchen, sondern der Vermiether soll und wird es auch für ihn thun, und ist in der That die einzige dazu geeignete Persönlichkeit. Wenn ich mir aus meiner Praxis die (seltenen) Fälle von Vertreibung eines Miethsmannes aus seinem Logis durch einen Dritten vergegenwärtige, so sind es solche, wo der Störende nicht mit dem Miether direct, sondern mit dem Vermiether im Streite lag und mit dem

Miether nur in dessen Eigenschaft als Stellvertreter des Vermiethers ihm gegenüber in Conflict gerieth. Ein Käufer eines Hauses setzte einmal einen Miether in ein von einem andern gerade verlassenes Zimmer dieses Hauses hinein, bevor der Kauf ganz im Reinen und das Haus ihm übergeben war; der (in einem andern Hause wohnende) Verkäufer wirft entrüstet den neuen Gast heraus. Sollte es nun wirklich zweckmässig sein, nach Bluntschlis Theorie zuerst dem Herausgeworfenen das interd. de vi gegen den Eigenthümer zu geben, damit dieser dann erst recht das interdictum Uti Possidetis gegen den Käufer anstellt und auf diesem Wege auch den Miether des Käufers wieder heraustreibt; oder ist es nicht in jeder Beziehung correcter, den Miether sofort an seinen Vermiether zu weisen, welcher gegen den Eigenthümer klagen mag falls er kann? Uebrigens derartige Fälle von Eingriffen Seitens Dritter sind selten; häufig dagegen sind Streitigkeiten unter verschiedenen Miethern desselben Hauses über Benutzung von Dachkammern, Boden- und Kellerräumen u. s. w. Für diese beschert uns Bluntschli auch mit den Interdicten: ein Miether klage gegen den andern Uti Possidetis. Der Richter kann hier kaum Recht schaffen, weil ihm jeder Anhaltspunct fehlt; hat er aber mühsam einen Spruch gefunden, so fängt nun erst recht der Process des Unterlegenen gegen den Vermiether an. Einzig vernünftig wäre aber auch hier, dass die Miether gleich von vorneherein an den Vermiether (auf gütlichem oder rechtlichem Wege) gehen würden. Zu dem Allen kommen dann noch die überaus unnöthigen und nutzlosen Schwierigkeiten, zu denen man gelangt, wenn man sich die Fälle vorstellt, in denen Besitzstreitigkeiten zwischen Eigenthümer und Miether, Commodatar u. s. f. sich erheben würden. Gleichviel ob in solchem Falle dem Miether der Besitz der Sache selbst oder eine juris quasi possessio zugesprochen würde, auf beide Weise wäre dem Eigenthumsrecht des Vermiethers zu nahe getreten, und zumal mit der juris quasi possessio dem Miether ein dingliches Recht zugestanden. Was zum Schluss noch den Usus-

fruct betrifft, so ist hier die Annahme eines Besitzes des Niessbrauchers an der Sache selbst um so weniger Bedürfniss, als die römische juris quasi possessio vollkommen ausreicht, und die Bemerkung Bluntschlis: „Es ist auf dieser Stufe durchaus nicht nöthig, unter den Gedanken eines dem Besitz von Rechten zu verleihenden Schutzes sich zu flüchten", ist wohl passend für ein noch rohes Rechtssystem, nicht mehr aber für das heutige. Wir haben wahrlich ganz andere Schwierigkeiten als diese in unserem Rechtssystem, die doch durch bequemere Sätze auf Kosten der juristischen Consequenz zu ersetzen Niemanden einfällt. Viel eher könnte sich fragen, ob man nicht nach der andern Seite über das römische Recht hinausgehen und dem Faustpfandgläubiger jetzt auch nur noch juris quasi possessio zugestehen wolle. Bruns (S. 480 Note 1) neigt dazu, und findet es unbegreiflich, wie man ihm aus innern Gründen einen Besitz der Sache hat zusprechen wollen, da er doch die Sache nicht einmal gebrauche und nutze, wie der Usufructuar, welcher selber keinen Sachbesitz hat. Ich meine doch, es spreche ein innerer Grund dafür. Die Regel ist, dass der Ususfruct ex causa lucrativa erworben wird, aus Testament oder Ehevertrag u. dgl. Zumal in unserm heutigen Recht, wo der Niessbrauch des überlebenden Ehegatten u. dgl. so häufig ist. Das provociert möglichsten Schutz des aus diesem Verhältniss keinen Vortheil ziehenden Eigenthümers; er soll die Interdicte behalten, schon auch weil möglicherweise der Usufructuar Schädigungen und Eingriffen nicht mit der nöthigen Energie entgegentritt, da er umsonst zu der Sache gekommen ist und sie umsonst nach vielleicht kurzer Zeit wieder abgeben muss. Der Pfandgläubiger dagegen hat auf das Faustpfand Geld bezahlt, er weiss dass seine Forderung an Werth verliert, wenn das Pfand verloren geht, er wird daher selber schon das Möglichste zu seiner Bewahrung oder Rückerlangung thun. Indem er aber sein eigenes Interesse wahrt, wahrt er auch das des Eigenthümers. Und andrerseits der Eigenthümer hat hier weniger Anspruch auf den Besitz-

schutz, weil er einen Gegenwerth erhalten hat, die Pfandbestellung ihm nicht nur nachtheilig ist, sondern auch einen öconomischen Vortheil verschafft hat. So wirkt beides zusammen: das Eigenthum an einer Sache ist weniger gefährdet, wenn sich dieselbe im Besitz des Pfandgläubigers befindet als wenn sie ein Usufructuar in der Hand hat, darum kann der Pfandschuldner eher des Besitzschutzes entbehren als der durch Niessbrauch Beschränkte. Und der Pfandgläubiger hat mehr Anspruch und Interesse an Rechtsschutz als der Usufructuar, darum kommt ihm auch eher der Besitzschutz zu als dem Niessbraucher.

Nach Allem dem erscheint es mir gefehlt, die Oeconomie des römischen Besitzsystems durch solche Neuerungen, die ja auch nicht einmal deutschrechtlichen Ursprungs sind, zu zerstören. Theoretisch ist es nur eine Spielerei, practisch führt es zu Confusion. Wie verunglückt das auf solche Phrasen gegründete Zürcher Gesetzbuch in seiner Behandlung des Besitzes ist, zeigt der Aufsatz von Rüttimann, die Lehre von dem Besitze nach den privatrechtlichen Gesetzbüchern der Schweiz, im achten Bande der Zeitschrift für schweizerisches Recht.

Es bleibt mir wenig mehr zu sagen. Die Theorie des Besitzschutzes kann aus dem deutschen Recht der Gewere keine Nahrung ziehen, weil dasselbe den Besitzschutz nicht bis zur Entstehung eigentlicher Besitzklagen ausgebildet hat. Unsre Aufgabe ist, auf diesem Gebiete möglichst das Unheil, das Theorie und Praxis seit den Glossatoren bis in die neuere Zeit durch Missverständniss römischen und deutschen Rechts angerichtet haben, auszurotten, und dazu hilft auch die Erkenntniss der falschen Voraussetzungen, von denen man in früher Zeit ausgieng und aus denen sich lawinenartig ein gefährlicher grosser Irrthum zusammenballte. Sind die Keime dieser Entwicklung einmal in ihrem wahren Werth oder Unwerth blos gelegt, so kann auch die Theorie der Besitzklagen auf festen Boden gestellt werden.

Ob man die Erbschaftsgewere in unser heutiges Recht hinüberretten will oder nicht, scheint mir keine Frage von erheblicher practischer Wichtigkeit. Wir haben schon gesehen, dass sie bei den Römern entbehrlich war, weil mit der Erbschaftsklage dasselbe Ziel wie mit einem dem Erben gewährten Interdict erreicht wurde. Haben wir die römische Erbschaftsklage, so bedürfen wir der Erbschaftsgewere nicht mehr.

Der Besitz an Rechten endlich wird am ehesten eine Erweiterung des römischen Systems zulassen und selbst erfordern. Es giebt noch eine Reihe von Rechtsamen, welche aus der mittelalterlichen Cultur stammen und im römischen Recht keine Unterkunft finden. An solchen, insofern sie sich dazu eignen, einen Besitz anzuerkennen, ist gerechtfertigt. Doch würde ich auch unter keinen Umständen so weit gehen wie Bluntschli, sondern den von ihm empfohlenen Besitz von Personenrechten, Familienverhältnissen u. dgl. verwerfen. Hier möge das Kriterium sein und bleiben die Nutzung, und zwar um auf privatrechtlichem Gebiet zu verharren, die aus einer Sache gezogene und auf eine solche radicierte Nutzung, wie Reallastberechtigungen, Zehnten, Grundzinse, Realgerechtsamen und was in diese Rubriken fällt. Mit diesen Rechtsinstituten, den Resten einer entschwundenen Culturperiode, mag auch der Gewere, als der jener Cultur angemessenen Gestalt des Besitzes, noch ein bescheidenes Plätzchen in unserm Rechtssystem gewährt sein.

Excurs I.

Die rechtliche Gültigkeit der Vergabungen von Todes wegen im ältern deutschen Rechte.

(Siehe § 2 am Ende).

Es ist im § 2 die Ansicht aufgenommen, dass der Erbe nicht verpflichtet gewesen sei, Schenkungen auszuführen, die der Erblasser auf seinen Todesfall gemacht hatte. So sehr das mit der allgemeinen Auffassung des altdeutschen Erbrechts, zumal des Gebundenseins des Erblassers gegenüber dem Erben, übereinstimmt und daher schon an sich die gemeine Meinung für sich haben könnte, so scheint es dennoch, und trotz vielen Vorgängern, sehr bedenklich, den Satz aufzustellen: Schenkungen auf den Todesfall ohne Uebertragung des Guts und Rückempfang desselben zu Precarie mit oder ohne Zinsbelastung waren für die Erben unverbindlich; bedenklich namentlich dann, wenn man die massenhaften Schenkungen post obitum in den Traditionensammlungen zusammenstellt, jene Schenkungen, von denen es einfach heisst: tradidi proprietatem post meum obitum ea ratione ut haec omnia dum advixero in mea habeam potestate, et post meum discessum sine ullius judicis interpellatione in vestram recipiatis potestatem vel dominacionem. Sollten wirklich alle diese mit so grosser Zuversicht ausgesprochenen Schenkungen, die wohlbemerkt für den Beschenkten keinerlei Garantie (etwa nach dem klugen Rathe des Schwsp. 22 durch Zinsbestellung) begründeten, vom guten Willen des Erben abhängig gewesen sein? Ich glaube, wir müssen diese Frage bejahen und behaupten, dass der Schenker in diesen zahlreichen Fällen wissen musste und wusste, dass seine Gabe unvollkommen und dem Gutdünken seines Erben überlassen sei. Dennoch werden unzählige solcher Schenkungen gemacht. Dieser Widerstreit zwischen Recht und Uebung wird vollkommen erklärlich, wenn man sich bewusst wird, wie eben gerade in jener Zeit die heterogensten Anschauungen in Betreff dieses Punctes mit einander im Kampfe lagen, und wie die Sitte, von kirchlicher Lehre und Disciplin beständig beeinflusst, sich mehr und mehr von der Starrheit des Rechts, das keine Verfügung über den Tod hinaus kannte, zu befreien suchte. Das 9. Jahrhundert steht eben mitten in diesem Kampfe, beide Anschau-

ungen sind in den Quellen vertreten, und treten oft in ihrer ganzen schroffen Einseitigkeit hervor, aber mehr und mehr neigt sich das Gewicht zu Gunsten der letztwilligen Verfügung. Es sind zum kleinsten Theil Gesetzesstellen, die wir zur Darstellung dieses Entwicklungsganges verwenden können, sondern es sind vorab einzelne kleine Züge, die für sich allein werthlos sind, aber durch ihre Anhäufung und Zusammenstellung der ganzen Zeit Leben und Farbe geben, so sehr, dass der Titel de adfathamire der lex Salica und die Bestimmungen der langobardischen Edicte über thinx daneben secundären Werth erhalten.[1]) Es sind die Spuren, die uns zu der geheimnissvollen Werkstatt leiten, wo das Gewohnheitsrecht geschaffen wird. Darum sei gestattet, vorab die Urkunden reden zu lassen.

Die zahllosen Vergabungen des 8. und 9. Jahrhunderts constatieren unwiderleglich die Thatsache, dass die begeisterte Opferwilligkeit zu Gunsten der Kirche, wie sie sich bei einem neubekehrten Volke wohl äussert, entschieden gedämpft ist. Die Schenkungen sind überlegter, berechneter, der Schenker will möglichst vielen Lohn nicht nur im Jenseits, sondern schon auf Erden davon haben, er will sich die Geistlichkeit geneigt wissen, aber er hat nicht mehr die ganze Glut zutrauensvoller Hingebung an die Kirche, er hegt ein gewisses Misstrauen und mag sich nicht bei lebendigem Leibe ganz an die Geistlichkeit hingeben. Daraus entspringt eine Zurückhaltung, welche beständig verspricht, alte Versprechungen von Zeit zu Zeit erneuert, die Geistlichen sich warm hält, aber nichts Definitives zum Abschluss bringt, nichts ganz aus der Hand giebt und immer noch eine Hinterthür offen lässt. Andrerseits ist der Glaube an die seligmachende Kraft guter Werke mächtig genug, und die Ehrfurcht, ja die kindliche Hingebung an die Kirche frisch genug, um den aufrichtigen Wunsch stets wach zu erhalten, dass der Kirche dereinst zu Theil werde, was man ihr zugedacht hat und gern in ihrer Hand wissen möchte. Seltsamer Widerstreit, wo die ersten Zweifel in kaum bewusstem Gemüth erwachen und das bisher in naiver Kindlichkeit Geübte in vorsichtige Berechnung übergeht.

Dieses Schenken und Behaltenwollen, donner et retenir, findet in nichts einen klareren Ausdruck, als in den donationes post obitum. Von diesen sagt Roth, Feudalität, S. 153: „Sie unterscheiden sich von den mortis causa donationes des römischen Rechts darin, dass sie nicht, wie diese in der Regel, bis zum Tode des Schenkers widerruflich waren; die ältern Urkunden enthalten keinerlei Andeutung darüber, sprechen vielmehr unbedingt den Anfall der Schenkung an den Beschenkten mit dem Tode des Schenkers aus.“ Ich kann dem nicht beistimmen. Vorerst, was nützt dem Beschenkten die Unwiderruflichkeit, wenn die Erben die Herausgabe weigern können? Unwiderruflichkeit hat nur einen

[1]) Es ist zu bedauern, dass Beseler nicht, statt das Adfathamieren und den Thinx zum Mittelpunkt seiner Untersuchung zu machen, das in Folgendem Angedeutete, wo der Kern der Frage liegt, näher ins Auge gefasst hat.

Sinn, wenn man ein Klagrecht gegen die Erben hat. Fehlt dieses, so kann es einem einerlei sein, ob der Schenker selbst das Gut veräussert oder die Erben es für sich behalten. Dass aber die Erben solche Schenkungen zu erfüllen nicht verpflichtet waren, (womit die Unwiderruflichkeit dahinfällt), dafür haben wir doch allerdings manche „Andeutung" und mehr als Andeutungen. Doch wird bei den einzelnen deutschen Stämmen eine Verschiedenheit der Rechtsanschauungen in einzelnen hier in Betracht kommenden Puncten zu bemerken sein. Vorerst scheiden sich ziemlich bestimmt die deutschen Völker der zwei Halbinseln, Langobarden und Westgothen, von den nördlichen Stämmen hinsichtlich der ganzen Frage, indem sie den Grundsätzen des römischen Rechts über letztwillige Verfügungen einen wesentlichen Einfluss gestattet haben. Aber auch unter den Stämmen Frankreichs und Deutschlands finden sich in Einzelheiten Divergenzen, im Ganzen in der Richtung, dass in Frankenland unter dem Einfluss des fest geschlossenen fränkischen Clerus die Verfügungen post obitum sich, wenn nicht gesetzliche, so doch gewohnheitsmässige Geltung verschafft haben, während in den entlegeneren Provinzen des Frankenreichs, Bayern, Sachsen, der Bretagne, wo das Christenthum jünger, aufgedrungen und meist mit Widerwillen aufgenommen war, die Geistlichkeit noch nicht mit dem Bewusstsein der Herrschaft auftreten konnte, und daher ein viel vorsichtigeres und bescheideneres Vorgehen der Kirche am Platze war. Daher bieten uns hauptsächlich Quellen dieser äussern Gebiete des Reichs die Belege zu unsrer Ansicht.

Bei einer solchen Schenkung post obitum, wie ich sie der Kürze halb nenne [1]), war weder die Kirche sehr beruhigt, noch glaubte der Vergabende, wenn es ihm wirklich mit der Sache ernst war, nun ein für alle mal damit fertig zu sein. Von Zeit zu Zeit wird wieder neu angesetzt und die alte Schenkung bestätigt [2]). Das spricht sehr gegen die Unwider-

[1]) Sie besteht nach Allem, was wir davon lesen, darin, dass der Schenker auf den Altar der Kirche tradiert in dem Sinne, dass nach seinem Tod das Gut an die Kirche fallen solle. Bis zu seinem Tode hat die Kirche nichts mit dem Gut zu schaffen und erhält auch keinen Zins. Die Ausdrücke sind oft sehr scharf, um das erst mit dem Tode des Schenkers entstehende Recht des Beschenkten zu bezeichnen. Man vergleiche z. B. aus Meichelbeck, No. 29: ut post obitum meum episcopali subjiciat potestati. 32: post obitum meum ad domum S. Mariae firma haec traditio et stabilis permaneat. 41: tradimus post obitum nostrum, ut ibi sit stabilis. 47 und 65: ut post obitum meum stabilis fuisset. 48 und 70: illius post obitum in perpetuum permanere statuit. 53: ut post obitum meum firma et inconvulsa ibidem permaneat. 60: ea ratione firma donatione ut post obitum eorum totum subjaceat ditioni domui inconvulsum et inconcussum. 62: ut post obitum meum haec traditio firma et incommutabilis permaneat. 64: si licet mihi secularem habitum dimittere, in hac hora sit stabilis; et si mihi non licet secularem habitum dimittere, tamen post obitum meum firma et stabilis sit u. s. w.

[2]) Nur muss man, wie das schon Merkel, Zeitschr. f. RG. II, S. 105 mit Recht betont, jeden Gedanken fern halten, als ob die Wiederholung, renovatio, der Schenkung darum erfolgt sei, weil die erste formell unvollkommen gewesen. Die Urkunden zeigen, dass schon die ersten Traditionen mit aller üblichen firmatio ausgestattet sein konnten, dennoch aber eine Erneuerung wünschenswerth schien.

ruflichkeit. Man prüfe nur eine Reihe von Traditionen namentlich in bayrischen Urkundensammlungen, oder etwa die Zusammenstellung Merkels in Zeitschr. f. R.-G. II, S. 101 ff., und man wird finden, dass diese beständigen renovationes und iterationes der Schenkungen hervorgerufen waren durch die deutlich bezeugte Erkenntniss, dass die frühere Schenkung nicht stabilis sei und dem Widerruf und Zuwiderhandeln freien Spielraum lasse[1]).

Meichelbeck, No. 71: Iterare libuit traditionem, quia temporalis et levis et inconstans est animo.

ibid. No. 332: renovavit traditionem, ut firmior et stabilior pro remedium animae suae fuisset.

ibid. No. 357: coepit praecogitare, quod nulla altercatio inde non emergeret et renovavit priscam traditionem.

ibid. No. 367: renovavit, ut nulla depravatio aut fraudatio exinde non evenisset, postquam ipse vitam finisset.

ibid. No. 411: episcopus eum admonuit praecavere de sua traditione, quam jam fecit antiquis temporibus. Ille vero priscam traditionem renovavit.

ibid. No. 476: renovavit traditionem, quia factum est ista traditio ante multis annis, ut nullo modo mutari potuisset.

Gerne erfolgten solche Erneuerungen im Gefühl des herannahenden Todes: appropinquante senectute (Meichelbeck No. 131), valde magna egritudine depressus (ibid. No. 219), ambulare non potui, adductus sum ad altare (ibid. No. 746), senescente Minigone (ibid. No. 429), languore valido correptus iterata traditione tradidi (ibid. No. 7). Die Geistlichkeit, wohl wissend, auf wie schwachen Füssen eine solche Schenkung post obitum steht, verfährt säuberlich mit den Schenkern, wer seine Gabe erneuern will, wird blande susceptus (Meichelbeck, No. 429), oder gratanter ammonitus, praecavere de sua traditione (ibid. No. 411). Vergl. benigne suscipiens (ibid. No. 404); blande consolavit eum (ibid. No. 379). Episcopus arcessivit Wafanheri presbiterum et cum caritate ammonuit dilectionis, ut caveret quod exinde (aus seiner Schenkung) nulla contentio contigisset. Ille vero consentiens renovavit traditionem (ibid. No. 333). Sed et reliquum vitae tuae tempus secundum pollicitationem tuam credimus et certi sumus, quia peracto more sollerter congruo tempore adimplere curabis (Beyer I, Nr. 97.).

Noch weit bestimmter tritt das Unfertige dieser Schenkungen post

1) Einige Fälle solcher Renovationen liessen sich auch aus anderen Gründen erklären, z. B. aus einer Vergrösserung des Schenkungsobjects, wie bei Meichelbeck, No. 424. 484. 550. 588. 610. 634 und öfter, Wartmann 164, oder aus dem Mangel einer Urkunde über die erste Tradition (Wartmann No. 225. 302. 387. 418), oder wegen Eintritts eines neuen Bischofs (Meichelbeck No. 291. 328. 332. 596), und dgl. Aber weitaus die zahlreichsten Fälle (z. B. Meichelbeck No. 71. 131. 154. ~~306.~~ 263. 359. 367. 372. 373. 439. 445. 461. 465. 481. 553. 556. 588. 623. 647. 657. 665 u. s. f.) lassen auf einen besonderen Grund nicht schliessen, sondern erklären sich nur aus dem Bewusstsein der Unsicherheit.

obitum hervor in den Fällen, wo sie nicht einfach von dem Todesereigniss abhängig gemacht werden, sondern eine zweite Eventualität damit in Verbindung gesetzt und combiniert wird. Das ist z. B. der Fall bei Schenkungen, die im Hinblick auf einen bevorstehenden Kriegszug stattfinden. Das Heerbannsaufgebot war den Deutschen zu Karls des Grossen Zeiten keine Lust mehr, sondern ein wahrer Schrecken, terribile imperium heisst es bei Hontheim I, No. 71. Wer ins Feld zog, bestellte vorher sein Haus; tausende haben dann Schenkungen an Kirchen gemacht, aber mit der ausdrücklichen Bedingung, dass die Vergabung nur gelten solle, wenn sie im Krieg bleiben, dass dagegen das Gut gar nicht geschenkt sein oder ihnen wenigstens bis an ihr Lebensende verbleiben solle, wenn sie mit heiler Haut nach Hause kehren würden. Hier ein paar besonders interessante Beispiele:

Meichelbeck No. 398: Uo, antequam se moveret in ostes, tradidit ad domum S. Mariae quantumcumque habuit, ea ratione, si in illo comitatu vitam finiret, eodem die tenetur ad jam dicto domo; si autem inde veniret, tunc fuisset in sua potestate.

ibid. No. 492: Ita et fecit omni tempore, quando extra provinciam aut in hoste aut in quacumque legatione domini sui pergere debuerat, hereditatem in manus domini sui commisit, ita dicendo coram multis: Si ei in illo itinere exitus vitae suae evenisset, firma stabilitate ad domum S. Mariae in perpetuum permansisset.

Wartmann No. 408: Si sospes ad propria non regrediar, filius meus censum solvat, si Deo favente in propria regressus fuero, licentiam habeam cum I solido redimere.

Cod. Lauresh. I, p. 340: Ego Riphuuinus in Longobardiam cum domino meo Karolo rege iturus tradidi Giselhelmo germano meo omnem rem proprietatis meae, in ea ratione, ut si non rediero in patriam nostram, eandem rem meam traderet ad S. Dei martyrem Nazarium, si vero reverterer, resignaret mihi traditionem meam.

Beyer I No. 53: Dum contra sclauos pergere deberet, res suas proprias tradidit, ea conditione, ut si de illo itinere reverteretur, easdem res illi redderet, et si vitam presentem in illo exercitu amitteret, pro eius anima dictas res daret.

Brunetti, I, p. 555, 560. Memor. di Lucca, Vb. No. 51. Mur. V, 627.

Zacharia, anecd. coll. p. 278: Aufuns, dum ex jussione principis predestinatus essem in partibus illis ambulandum, previdi de rebus meis judicare, ut si me Dominus in hunc itiner advocare dignatus fuere, omnia sit in potestate abbati. Si ad propria mea regressus fuere, omnia sit in mea potestate in antea avendum etc.

Dasselbe fand statt, wenn einer eine Wallfahrt unternahm, die mit Gefahren verbunden erschien.

Meichelbeck No. 342: nunc ad Romam pergere paratus Fritilo presbyter reddidit traditionem in manus episcopi, eo modo si in ipso itinere vitam finisset, ex eo die statim jure domui S. Mariae subjacuisset, si vero venisset, habere eum eandem rem licuisset ad vitam eius. Ebenso No. 357. Wartmann 325. 342. 441. 496. 605 und bei Andern.

Oder die Schenkung wird davon abhängig gemacht, dass dem Schenker keine Nachkommenschaft mehr zu Theil wird, beides also, Kinderlosigkeit und Todesfall, zur Stabilität der Schenkung combiniert.

Meichelbeck No. 238: tradidi hereditatem meam, ea ratione, si Deus donare dignetur fratri meo prolem, ipsam traditionem firmiter habeat post obitum nostrum ad servitium ecclesiae. ibid. No. 262.

Baluz. app. No 86: cedo aliquid de rebus meis propriis ut faciant canonici de rebus quicquid facere voluerint. Et tamen mihi placuit ut dummodo ego advivo titulum usuario mihi liceat possidere. Et post obitum in vestris partibus faciat (Deus) permanere. Et si ego uxorem duxero et filios et filias mihi Deus procreaverit, ipsum conscriptum ad me reverti faciatis. ibid. No. 136.

Wartmann No. 338: si filius vel filie ex te procreati fuerint, liceat vobis hoc in hereditate redimere.

Wigand No. 382: tradidit hoc pacto, ut si Dominus filium illi concesserit, proprio ipse illud teneat jure; si non, post mortem matris et uxoris suae ad reliquias SS. Stephani atque Viti jure pertineat hereditario.

Zacharia, Anecd. coll. p. 278: si filius legittimus de legitima muliere abuero, ipse michi in omnibus heredes exista; et si filia legitima aut filius non habuero, omnia sicut supra decrevi adimpleatur.

Auch eine bedenkliche Krankheit veranlasst oft zu solchen Schenkungen, die aber durch die Genesung dahinfallen sollen:

Meichelbeck No. 206: ea ratione firma donatione, ut si evasisset ipse, usufructuario curtem habuisset.

Wartmann No. 379: trado ea condicione, ut si ab hac infirmitate convaluero, tunc res ad me recipiam.

Zacharia, l. c. p. 277: omnia in te confirmo, si me Dominus de infirmitate ista avocare jusserit; si tamen mihi Dominus prestare jusseri evadendum, omnia in mea sit potestate avendum, ordinandum, faciendum exinde quidquid voluero aut michi bonum fuere.

War die Gefahr glücklich überstanden, der Krieg oder die Reise beendigt, die Krankheit gehoben, so war die Schenkung kraftlos. Auch hier halfen aber in der Regel blandae ammonitiones, welche in Erinnerung brachten, wie jetzt erst recht aus Dankgefühl gegen Gott die Schenkung sollte bekräftigt werden, und so wurde dann nach der Rückkehr u. s. f. die Vergabung oft erneuert. Meichelbeck No. 370 u. a.

In diesen letzterwähnten besondern Fällen ist es klar, dass Erneuerung durchaus nothwendig war, um dem Beschenkten irgend welchen Anspruch zu geben. Denn durch Nichteintritt der Bedingung war die davon abhängig gemachte Schenkung dahingefallen, und die renovatio war eine wirkliche Erneuerung, nicht blosse Wiederholung, iteratio. Was für einen Sinn aber konnten solche Erneuerungen in den gewöhnlichen Fällen haben, wo die Schenkung schon das erstemal von keiner solchen Bedingung abhängig gemacht war? Man könnte versucht sein, sie als etwas Nutz- und Zweckloses zu betrachten, da sie nur wiederholen, was schon früher erfolgt war. Denn entweder war die erste Tradition, weil auf den Todesfall gestellt, unwirksam, und dann konnte auch keine renovatio traditionis helfen, die ja ebenfalls auf den Todesfall abstellte, oder schon die erste Tradition war vollgültig und dann war die Erneuerung überflüssig. Der Zweifel löst sich wohl am richtigsten durch folgende Betrachtung. Schenkungen post obitum waren für die Erben unverbindlich; eben desshalb war es der Kirche darum zu thun, von Zeit zu Zeit mit gewissem Gepränge den Schenker seinen Willen neu aussprechen zu lassen; sie wollte die öffentliche Meinung für sich gewinnen und auf allfällig renitente Erben einen moralischen Druck üben. Solche firmationes, namentlich wenn sie in der Kirche, vor dem Altar vorgenommen wurden, waren gewiss sehr feierliche, oft erhebende Handlungen, die einen grossen Eindruck auf die versammelte Menge, die magna vicinorum et propinquorum turma adstans, zu machen nicht verfehlten. Diesen Eindruck immer wieder aufzufrischen, den Erben dadurch die Nichtachtung der Schenkung recht schwer zu machen, ihnen jegliche Ausrede, als hätte der Erblasser seine frühere Schenkung bereut oder widerrufen, zu entziehen, der ganzen Nachbarschaft zum Bewusstsein zu bringen, wie eine Nichtachtung des Willens des Erblassers sein Seelenheil gefährde, widerstrebende Erben ihr gehässig zu machen, das ist der Sinn und Zweck dieser Renovationen.

Sicherlich ist bei einer Menge von Vergabungen vermöge dieses moralischen Drückers der gesuchte Zweck erreicht worden. Aber die Fälle sind verschiedenartig. In manchen war man sicher genug, um selbst nicht dieses Mittels zu bedürfen; wieder in andern mochte auch das noch lange nicht genügend erscheinen. Die Urkunden zeigen uns die verschiedenartigsten Auskunftsmittel, die man ergriff, um die Schenkungen auf den Todesfall noch mehr zu sichern, als durch blosse renovatio möglich war. Das Sicherste war und blieb immer, wo möglich noch vor dem Tode schnell die Investitur vorzunehmen. So liess der Priester Hrodheri jam caligantibus ejus oculis dem Bischof ansagen, er möge seine schon früher geschenkten Güter förmlich in Besitz nehmen (ut publice et legitime proprium servum S. Mariae consedere fecisset jam dictam rem Hrodharii. Meichelbeck No. 410). Rodstagnus schickt in seiner Krankheit seine Verwandten, ut basilicae S. Mauricii vesti-

turam de praedictis rebus facerent (Baluz. app. No. 101). cfr. Meichelbeck No. 146. Aber der Mensch giebt die Lebenshoffnung selten so ganz auf, dass er sich zu solchem Schritt leicht entschliesst. Weitaus häufiger war es darum, dass der Schenker sich geradezu mit seinen Erben selbst ins Einvernehmen setzte und sie für die Schenkung interessierte, entweder durch Berufung an ihr Gewissen, oder dadurch, dass er ihnen einen Vortheil ausbedang und einen Vorbehalt zu ihren Gunsten machte, der allerdings nur ein kleines Aequivalent für ihre Einwilligung war, immerhin aber sie bewegen mochte, lieber diesen kleinen Vortheil zu ergreifen und mit der Kirche in gutem Verständniss zu bleiben, statt auf ihrem Rechte zu beharren und sich die Feindschaft des Clerus zuzuziehen.

Meichelbeck No. 378: Liutfrid presbyter jam olim propriam hereditatem tradidit domui S. Mariae. Jam vero adpropinquante fine vite eius convocat turma parentorum atque propinquorum ipsius, inter quos etiam aderat Anno frater eius, coram cunctis consilium eius innotuit, quia ipsam rem supra dictam et domui S. Mariae traditam in beneficium nepoti suo Anno nomine petere voluisset... hoc quoque ita condictum ipsam rem in manus Annoni fratris sui haec omnia ad perficiendum posuit. Defuncto Liutfrido Anno haec perfecit, sicut voluntas fuit Liutfridi.

Die Geistlichkeit war politisch genug, von sich aus einen solchen Ausweg anzubieten, wo es zur Rettung der Gabe zweckmässig schien.

Meichelbeck No. 113. Breviarium de traditione, quam fecit Haholfus, unde postmodum Atto episcopus cum filio Haholfi conventionem simul cum amicis et parentibus fecimus . . . medietatem hereditatis ad S. Mariam relaxavit, medietatem sibi reservavit in hereditatem. ibid. No. 395.

Wartmann No. 49: genitor noster Marulfus omnem hereditatem suam tradidit ad monasterio S. Gallonis. Et nos post haec exuti de omni re paterna nostra revestimus missum monachorum et per beneficium monachorum reintravimus. Et post hec convencione facta nos omnem hereditatem paternam tradidimus ad monasterio. cfr. Neugart, I, No. 69.

Nun können wir auch die regelmässige Uebung, dass ein Schenker auf dem Sterbebette seinen nächsten Angehörigen die Schenkung empfiehlt und ihrer treuen Hand übergiebt, sie wohl auch geradezu die Ausführung angeloben lässt, als das nothwendige Sicherungsmittel gegen die Unklagbarkeit einer donatio post obitum betrachten. Jene zwei Erzählungen, von denen wir im § 2 (S. 42) ausgegangen sind, die von Eberhard und der h. Salaberga, zeigen uns aufs Unzweideutigste, dass die Erben ohne ausdrückliche Uebernahme der Verpflichtung zur Ausführung nicht gebunden waren, dass vielmehr erst durch diese Uebernahme

Seitens der Erben die Schenkung rechtsbeständig wurde[1]). Jenen Eberhard, der vorgeblich seinen Bruder erwartet, um ihm das Versprechen der Erfüllung abzunehmen, lässt die Ebersberger Chronik im Todeskampf in die Worte ausbrechen: Deus miserere mihi et erga locum istum voluntatem tuam operare. Und die vita S. Salabergae schildert es als wunderbare Gebetserhörung, dass der Sinn des Bruders sich noch zeitig änderte, um seiner Schwester das Versprechen der Ausführung ihrer Schenkung abzulegen. Man vergleiche noch:

> Meichelbeck No. 300: Valida egritudine depressus traditionem in manus proximorum suorum posuit, eo modo, si ipse ea egritudine obisset, ut vice illius traditionem perfecissent.
>
> ibid. No. 287: Folmot territorium tradidit in manus fratris sui, ut ipse territorium tradidisset ad domum S. Mariae.
>
> ibid. No. 388: sic in manus patruelis sui constituit, ut eo ipso die quo obitus sui ad sciendum venisset, potestative domum S. Mariae vestitus (l. vestiret oder nach dem Sprachgebrauch der bayr. Urk. jener Zeit vestisset).
>
> Wartmann Nr. 456: hanc traditionem cum mater nostra perfecisset, nos filii ejus communi consilio puram hujus traditionis professionem facientes legitime hanc cartam levavimus. Beyer, I., No. 179.

Man braucht übrigens nur eine beliebige Traditionensammlung daraufhin näher anzusehen, um zur Einsicht zu gelangen, wie durchaus regelmässig die Mitwirkung der Verwandten und ihr Eintreten in die Pflicht der Erfüllung bei Schenkungen auf den Todesfall war, so dass man sagen kann, donationes post obitum seien nur auf diesem Wege rechtlich ausführbar gewesen.

Hier setzt nun auch das Institut der fidejussores und spätern Salmannen an. Oft werden geradezu die Verwandten, denen der Erblasser seine Schenkung empfiehlt, so bezeichnet, ja sie sind auch die natürlichen manufideles, denen der Wille des Vergabenden zur Ausführung anvertraut wird[2]). Man sehe beispielsweise

> Meichelbeck No. 366: in manus per wadium Deotmari nepoti suo commendavit.

[1]) Wie auch Glanvilla, VII, 1 sagt: Licet cuilibet de terra sua rationabilem partem libere in vita sua donare. In extremis tamen agenti non est hoc permissum, quia possit tunc immodica fieri hereditatis distributio; posset tamen huiusmodi donatio in ultima voluntate alicui facta ita tenere, si cum consensu heredis fieret et ex suo consensu confirmaretur.

[2]) Freilich verfehlte auch das bisweilen seine Wirkung. Jener Priester Freido, welcher i. J. 815 der Kirche von Freising sein Vermögen zuwenden wollte, glaubte seine Schenkung in die besten Hände zu legen, als er auf dem Todbette seine proximi sich für die Ausführung verbürgen liess. Aber nach seinem Tod detardaverunt hoc agere, quod Freidoni promiserunt, und erst als einer von ihnen sich den Gotteslohn verdiente und es dem Bischof anzeigte, wurden sie zur Abtretung gebracht (Meichelbeck No. 308.).

ibid. No. 412: Kaganhart die obitus sui adpropinquante suam propriam alodem in manus Reginhelm nepoti sui per wadia constituit, quatenus episcopum de suis omnibus rebus vestiret.

ibid. No. 402: Sigifuns traditionem cum suo wadio in manus Hrodolfi presbyteri statuit, quatenus potestativa manu vestituram domui S. Mariae laxaret.

Beyer, I., No. 70. 102. 103.

Wartmann, No. 343.

Eigenthümlich aber combiniert sich die Aufgabe und Stellung der fidejussores in jenen oben ausdrücklich hervorgehobenen Fällen, wo in Rücksicht auf eine bevorstehende Gefahr eine Schenkung gemacht wird. Man legt das Gut, das man der Kirche will zukommen lassen, vor dem Kriegszug in die Hand eines Freundes, hier weniger leicht in die Hand eines Verwandten als in die eines vertrauten Mannes, mit der Weisung es nicht weiter zu vergeben, solange nicht der Tod des im Feld Stehenden erwiesen sei; dagegen es diesem wieder zuzustellen, wenn er zurückkehre. Hier hat der Salmann die doppelte Bedeutung einer Sicherheit für den Beschenkten und eines Rückhaltes für den Schenker. Hier spiegelt sich recht jenes oben erwähnte Widerspiel von Devotion und Berechnung.

Aus dem Allem darf gefolgert werden, dass reine donationes post obitum nicht wie Roth a. a. O. mit Berufung auf Schwsp. 22[1]) meint, „stäte" Gaben, sondern vom guten Willen der Erben abhängig waren. Fragt man, woher es denn komme, dass dennoch so manche Schenkungen dieser Art (selbst ohne ersichtliche Mitwirkung der Verwandten) gemacht wurden, so muss man den Grund darin finden, dass sie in der Sitte ihren Rückhalt hatten, wie es der Geistliche, welcher die Urk. No. 4 bei Meichelbeck niederschrieb, ausdrücklich bemerkte: post obitum eius firmitas acta per manus Cannoni (Bruder des Schenkers) secundum quod mos conpellit secularis. Kinder, Brüder u. s. w., mochten sie auch nur mit Widerstreben dem Wunsch ihres Vaters, Bruders u. s. f. Genüge leisten, sie thaten es doch unter dem Drucke der öffentlichen Meinung und ihres Gewissens. Aber wenn sie es nicht thaten, wenn sie das Gut in ihrem Besitz behielten, dann half kein Gericht gegen sie und die Kirche konnte nur mit geistlichen Strafen drohen oder musste sich aufs Bitten verlegen, wenn sie nicht wagte, eigenmächtig den Besitz zu ergreifen und dadurch sich den Vortheil zu verschaffen, dass nun der Erbe gegen sie hätte klagen müssen. Vgl.

Meichelbeck Nr. 343: Vocatus Sigo feliciter ex hac luce in itinere, quem ad domum S. Petri carpebat, hoc Hittone epis-

[1]) Gerade in dieser Frage der letztwilligen Verfügungen ist doch sicherlich vom 9. bis zum 13. Jahrhundert eine grosse Veränderung der Rechtsanschauung vor sich gegangen und daher eine Rechtsquelle der 2ten Hälfte des 13. Jahrhunderts zur Beurtheilung des Rechtszustands unter Karl d. Gr. nicht verwendbar.

copo conperiente jussit obsidere vestituram, et factum est ita. Postea vero venerunt fratrueles sui humiliter postulantes Hittonem, ut eis aliquid de rebus patrui illorum praestare in beneficium dignaretur, et sic fecit ea ratione, si aliquis eos movere vel inquietare cepisset, ut statim firmiter tenetur ad Frigisingas.

Bemerkenswerth ist übrigens immerhin, wie viel die Urkunden jener Zeit von Streit zwischen den Erben von Schenkern und der Kirche zu berichten wissen, woraus auf den Widerstand kann geschlossen werden, den vorzugsweise solche donationes post obitum im Volke fanden.

Die bisherige Ausführung findet ihre Bestätigung durch die Concilienbeschlüsse und Reichsgesetze der fränkischen Zeit. Den Kampf zwischen altem Recht und neu eindringenden Forderungen der Kirche, den wir an der Hand vorzugsweise bayrischer Urkunden im 8. und 9. Jahrhundert gesehen haben, lernen wir im alten Frankenreich für das 6. Jahrhundert aus den beständigen Concilientractanden kennen. Schon das Concil. Aurel. I. a. 511 c. 6 spricht von Processen um Gut gegen die Kirche. Excommunication soll nur den treffen, welcher den Anspruch der Kirche auf das Streitobject als dolos darstellt. Schon bestimmter in Hinsicht unserer Frage äussert sich das Concil. Aurel. III. v. J. 538 c. 22: Wenn einer aus Antrieb verwerflicher Habgier Güter, die der Kirche gebühren, zurückhält, so soll er der Excommunication unterliegen; similis etiam his qui oblationes defunctorum legaliter dimissas quolibet ordine assignare tardaverint vel retinere praesumpserint, districtionis ecclesiasticae juxta priores canones forma servetur; cui etiam sententiae subjacebit quisquis ille quolibet ordine, quod pro devotione sua ecclesiis dedit, revocare praesumpserit. Hier haben wir die zwei Fälle besonders betont, wo einer die Schenkung seines verstorbenen Verwandten nicht ausführt oder seine eigene widerruft. Das Conc. Paris. III v. J. 557 c. 1 nimmt diesen Canon auf: placuit ut quia nonnulli per quaslibet scripturas de facultatibus suis ecclesiis aliquid contulisse probantur, quod a diversis Deum minus timentibus eatinus mortifera calliditate tenetur, quicumque res ecclesiae delegatas injuste possidens praesumpserit retinere, a sancta communione habeatur extraneus. Iniquum esse censemus ut potius custodes chartarum, per quas aliquid ecclesiis a fidelibus personis legitur derelictum, quam defensores rerum creditarum, ut praeceptum est, judicemur. Das Concil. Lugdun. II v. 567, c. 2 fügt der Erneuerung dieser Vorschrift bei: id specialiter statuentes, ut etiamsi quorumcunque religiosorum voluntas aut necessitate aut simplicitate aliquid a legum saecularium ordine visa fuerit discrepare, voluntas tamen defunctorum debeat inconcussa manere et in omnibus custodiri. Es ergeben sich hieraus zwei Thatsachen: 1) dass wir es nicht bloss mit vereinzelten Fällen von Widerspenstigkeit und Uebergriffen zu thun haben, welche mit richterlicher Hilfe zu redressieren gewesen wären, sondern mit einem allgemeinen und durch-

greifenden Widerstand gegen die Schenkungen an die Kirche, der fort und fort das Interesse und die Sorge der Geistlichkeit in Anspruch nimmt und einen Verhandlungsgegenstand der Concilien bildet, 2) dass hier die Kirche einen Kampf gegen althergebrachte Sitte und eingelebtes Recht führt, den sie nur mit geistlichen Waffen kämpfen kann. Der klagende Ton, der durch diese Bestimmungen geht, zeigt, dass das nicht die Worte einer Partei sind, welche täglich vor dem Richter ihr Recht verlangen und erhalten kann, und dass die weltliche Gewalt ihr nicht zur Seite steht, um gegen den Erben, ja gegen den Versprechenden selbst, die Erfüllung zu erzwingen. Es ist die Sprache der ecclesia pressa. Aber die geistlichen Zwangsmittel erhebt die Kirche mit vollem Ernst, den Schenker lässt sie in seinem Briefe alle denkbaren Verfluchungen des Anfechtenden aufnehmen (das Unglaubliche hierin leistet mit wahrer stilistischer Virtuosität die Urk. bei Bréq. Pardessus No. 406), und im Frankenland ist sie, soweit wir sehen, im 7. und 8. Jahrhundert durchgedrungen, so sehr, dass Karl d. Gr. dem daraus erwachsenen Unfug wieder entgegentreten muss. Es genügt hier, an die bittern Vorwürfe zu erinnern, welche Kaiser Karl der Geistlichkeit in seinem Cap. v. 811 (Pertz, I, 167) c. 5 macht, und an die im Conc. Turon. III a. 813 c. 51 mitgetheilte Ermahnung, gewissenhaft zu prüfen, ob nicht durch ihre Habsucht viele Leute enterbt worden seien. Sodann aber finden von dem hier gewonnenen Standpunkte aus die beiden so oft citierten und so verschieden interpretierten Capitularien von 803 und 817 ihre gehörige Würdigung. Das erstere, Cap. in leg. Sal. mitt. c. 6 (Pertz, I, 113), das trotz seiner Ueberschrift allgemeines Reichsgesetz war (Boretius, Capitularien, S. 80 ff.), lautet so: De his qui ad casam Dei res suas tradere voluerint. Si quis res suas pro anima sua ad casam Dei tradere voluerit, domi traditionem faciat coram testibus legitimis. Et quae actenus in hoste factae sunt traditiones, de quibus nulla est quaesitio, stabilis permaneant. Si vero aliquis alii res suas tradiderit, et in hoste profectus fuerit, et ille cui res traditae sunt, interim mortuus fuerit, qui res tradidit cum reversus fuerit, adhibitis testibus coram quibus traditio facta est, res suas recipiat. Si autem et ipse mortuus fuerit, heredes eius legitimi res traditas recipiant. Das Capitular ist offenbar veranlasst durch Schenkungen oder Schenkungsversprechen, welche auf Kriegszügen oder unmittelbar vor solchen waren gemacht worden und den Erben des Schenkers Veranlassung zu Beschwerden gegeben hatten. Es hat aber das Cap. zwei Fälle im Auge: 1) den, wo auf einem Feldzuge eine Schenkung ist gemacht worden; solche bisher unangefochten gebliebene sollen fernerhin gültig bleiben, künftighin aber (dürfen wir ergänzen) den Erben keinen Schaden mehr bringen, unwirksam sein, denn rechtsbeständige Schenkungen können nur zu Hause in gehöriger Form vor Zeugen gemacht werden; 2) den Fall, wo einer vor einem Feldzug ein Gut in die Hand eines Salmanns gelegt hat, damit dieser es ihm bei seiner Rückkehr wieder

zurückgebe oder im Falle seines Todes einer Kirche übertrage. In solchen Fällen soll die Schenkung dadurch, dass der Salmann vor dem Schenker stirbt, überhaupt als unausführbar dahinfallen, gleichviel ob der Schenker zurückkehrt oder nicht, und bei Eintritt der letzteren Alternative haben die Erben des Schenkers das Recht auf Rückbezug. Wir dürfen als Veranlassung dieser Bestimmung Fälle voraussetzen, wo nach dem Tode des Salmanns die Kirche sich eigenmächtig in den Besitz des Guts gesetzt hatte, wozu die Urk. bei Beyer, I, No. 53 einen analogen Fall bietet: hier hatte Folkwin vor einem Feldzug gegen die Slaven seine Güter dem Teuthard, einem Freigelassenen des Königs, anvertraut, mit der Auflage, sie ihm zurückzugeben, wenn er zurückkehre, dagegen sie zu seiner Seele Heil zu vergaben, wenn er umkomme. Teuthard starb aber vorher, und als Folkwin zurückkehrte, fand er seine Güter mit denen Teuthards vom Fiscus eingezogen. Wichtig ist für uns hauptsächlich der erste Fall, den dieses Cap. im Auge hat: Schenkungen sollen zu Hause vorgenommen werden; solche, die in fremdem Lande, auf Kriegszügen gemacht werden, sind nicht rechtsbeständig. Der Grund ist offenbar der, dass sie nicht durch Investitur zur Ausführung gebracht und daher für die Erben unverbindlich sind. Dies wird ausser Zweifel gesetzt durch das Capit. Hlud. Pii v. 817 c. 6 (Pertz I, 211), welches sich als eine Modification des Cap. v. 803 darstellt und darauf ausgeht, Schenkungen auf Feldzügen trotz mangelnder Investitur Rechtskraft zu ertheilen. Denn während das Cap. v. 803 gegenüber Schenkungen im Ausland das Interesse der Erben wahrnimmt, geht das v. 817 in kirchenfreundlichem Sinne auf Wegräumung der Schwierigkeiten, welche sich aus mangelnder Investitur für die Rechtsbeständigkeit der Schenkungen ergaben. Wenn einer, der Gut zum Heil seiner Seele vergaben will, sich innert der Grafschaft befindet, wo das Gut liegt, so soll er legitimam traditionem facere, d. h. die Vergabung in bester Form Rechtens vollziehen mit allen den Handlungen, von denen die stabilitas der Vergabung gegenüber den Erben abhängig ist, also nicht nur traditio, sondern auch investitura vollziehen. Legitima traditio, vuizzetahtia sala, ist die in bester Form ausgeführte, vor allen Anfechtungen gesicherte, insbesondere Seitens der Erben unantastbare, also durch Investitur zur Perfection gebrachte Tradition. So, wenn es in Courson Nr. 125 heisst: terram emtori pulliciter (publiciter) tradidimus perpetualiter ad possidendum, so ist das nichts anders als die wissenhafte Sala unseres Capitulars, und gerade diese Urkunde spricht offenbar dort von Investitur. Ueberhaupt gilt die traditio erst dann als legitime perfecta, gegen alle Zweifel gesichert, wenn die Investitur hinzugekommen ist, daher die Ausdrücke: legitime vestire, vestituram legaliter accipere. Meichelbeck No. 129. 510. 512. 538. Baluz. app. No. 80. Bouquet, script. VI, p. 347. 604. 653 (hier solemnis traditio). Lacomblet, I, No. 65. Wartmann No. 460. 465. 467 (per hanc precariam juxta traditionem legitime perpetratam possidere). Alles das weist

darauf, dass unter der legitima traditio eine durch Investitur zum Abschluss gebrachte Schenkung verstanden ist[1]). Der Hauptbeweis hiefür liegt übrigens in dem Gegensatz des nun Folgenden und in dem nothwendigen Rückschluss daraus auf den die Regel aussprechenden Vordersatz. Wenn aber, fährt das Cap. fort, der Vergabende ausser Landes ist und Investitur also zur factischen Unmöglichkeit wird, so soll er vor Zeugen, so gut er sie finden kann, die Tradition soweit möglich vollziehen, und zwar nicht nur für die in continenti unausführbare investitura Bürgen stellen und diese versprechen lassen, die Investitur bei ihrer Rückkehr vorzunehmen[2]), sondern auch selbst die feierliche Verpflichtung durch fides facta auf sich nehmen, wenn er selber (aus dem Feldzug) heimkehre, die Investitur auszuführen. Durch solche förmliche und executivische Verpflichtung, welche dem Versprechen den Character der Unwiderruflichkeit giebt, wird der gleiche Zweck erreicht wie durch die investitura selbst bei Vergabung innert Landes; es wird dadurch constatiert, dass der Vergabende sich sofort der Sache entäussern will, dass er nach der Rückkehr das Gut nicht mehr behalten will noch darf, dass wenn er heimkehrt, aus seiner fides facta ein executorischer Anspruch auf sofortige Uebertragung des Guts gegen ihn besteht, und wenn er nicht zurückkommt, die Bürgen gegenüber der Kirche verpflichtet und gegenüber den Erben befugt sind, die Investitur zu bewirken. Diese Verbürgung bei Schenkungen ausser Landes steht also, was die Rechte der Erben betrifft, gleich der Investitur innert Landes, d. h. sie bindet die Erben gleich dieser, die Erben können sich nicht mehr darauf berufen, der Erblasser habe geschenkt und doch behalten wollen, also nicht definitiv und mit voller stabilitas geschenkt[3]). Allerdings ist wahr, dass auch bei Vergabungen innert Landes diese Verstärkung durch fides facta des Schenkers und

1) So erklärt auch die expositio des liber Papiensis die Worte: legitimam traditionem facere studeat dahin: id est vadat super terram et eum inde investiat (Pertz, IV, p. 526.).

2) Es bestehen drei Lesarten: 1⁰. fidejussores vestiturae donet, qui ei qui illam traditionem accipit, vestituram faciat; 2⁰. fidejussores vestiturae donet ei, qui illam traditionem accipit, ut vestituram faciat; 3⁰ fidejussori investituram donet, ut ei qui illam traditionem acceperit, investituram faciat. Von diesen drei Lesarten ist die dritte die der langobardischen Gesetzessammlung, und zu einer Zeit, wo man den Ausdruck investitura schon nicht mehr in ursprünglichem Sinn brauchte (II F. 2, pr.), aus einer bestimmten Absicht der Aenderung hervorgegangen. Die zwei ersten, im Sinn von einander nicht abweichend, sind als die ursprünglichen zu betrachten.

3) Der Schluss des Cap. berührt uns hier nicht mehr; doch mache ich darauf aufmerksam, wie verschieden die Auslegungen sind. Unter dem, welcher nondum res suas cum coheredibus suis divisas habuit, kann kein andrer als der Schenker verstanden sein, wie nicht nur aus der Satzconstruction hervorgeht, sondern zu einem vernünftigen Sinn der Bestimmung nothwendig ist, und durch die Analogie von Pertz, I, 85 c. 13 gerechtfertigt ist. Dennoch beziehen Beseler (S. 25) und v. Brünneck (S. 24, Note) diesen Satz auf den Erben, Beseler sogar erblickt schon vorher in dem insuper et ipse den Erben, was absolut sinnlos ist (da ja eben die ganze Bestimmung den Erben beeinträchtigt, seine Mitwirkung also nicht kann in Aussicht genommen sein), und mit dem Missverständniss dieses ganzen Capitulars durch Beseler zusammenhängt.

Bürgenstellung vorkommen konnte, aber nothwendig war sie nicht und wurde gewiss unterlassen, wenn die Vollziehung der Investitur in naher Aussicht stand, während sie nun eben das Cap. v. 817 für Schenkungen ausser Landes als nothwendig vorschreibt.

Die uns aufbewahrten Beispiele solcher Vergabungen im Ausland zeigen, dass entweder die Bürgen sofort nach der Rückkehr die Investitur vollzogen (Meichelbeck Nr. 629), oder dass der Schenker sofort einen Bevollmächtigten abordnete (ibid. Nr. 369), oder dass er bei seiner Heimkehr selbst investierte (ibid. No. 370), alles entsprechend der eben gegebenen Erklärung des Capitulars.

So vereinigen sich unsere Quellen diesseits der Alpen und in Frankenland zur Bezeugung des Satzes, dass Tradition ohne Investitur (bezw. ohne die streng formale Verpflichtung bei nicht sofort möglicher Investitur) die Erben des Schenkers nicht bindet, und der Grund dieses Rechtssatzes ist wohl in nichts Anderm zu erblicken als in dem Widerstand, den das alte Recht den letztwilligen Verfügungen entgegensetzte. Dieser Widerstand ist in den langobardischen und westgothischen Zuständen schon bedeutend gebrochen, wesshalb hier jener Satz nicht nur nicht mehr in der Schärfe wie im bayr. Recht namentlich hervortritt, sondern gar nicht mehr nachweisbar ist Was das westgothische Recht betrifft, so sind ihm letztwillige Verfügungen bekanntlich ganz geläufig. Das langobardische Recht enthält noch altgermanische Grundzüge schon mit römischen Ansätzen verbunden, und das 8. Jahrhundert zeigt die fortschreitende Assimilation mit dem römischen Recht. Ich will mich, um nicht zu weit abzustreifen, auf kurze Darlegung dessen beschränken, was als Resultat darf betrachtet werden. Das im Edict als thinx bezeichnete Rechtsgeschäft war eine Vergabung von Todes wegen, durch welche der Bedachte eine unwiderrufliche Anwartschaft auf den Vergabungsgegenstand erhielt: insofern dem germanischen Rechtsgedanken noch völlig sich anschliessend, als beliebig widerrufliche Verfügungen nicht in die Rechtssphäre aufgenommen werden; dem fremden Rechte dagegen darin sich nähernd, dass der Bedachte auch ohne Investitur das Recht erwirbt. Es stellt die Urk. v. 713,[1]) wie ich glaube annehmen zu dürfen, ein solches Rechtsgeschäft dar, obschon sie den Ausdruck thinx nicht anwendet; hier übergeben Fortunat und sein Sohn Bonvald ihre Güter der ecclesia S. Petri quam mihi heredem constitui. Es heisst dann allerdings: ab hodierna die firma ipsa possedeat, aber dass keine Besitzeinweisung der Kirche stattgefunden hat, dürfte sich schon daraus ergeben, dass auch der zukünftige Erwerb schon inbegriffen ist (quidquid havere visi sumus vel adhuc conquirere potuerimus ab hodierna die possedeat), und dass spätere anderweitige Verfügung ausgeschlossen wird (unquam ullo tempore ad novis retragendum est ad alia ecclesia quod a novis offertum

[1]) Bei Troya, III, No. 394. Auch bei Muratori, I, col. 227 und in den Memorie di Lucca, Vb, No. 4.

est). Dass wir aber in den Urkunden kaum mehr Spuren von thinx finden, erklärt sich aus dem von Liutprand 73 anerkannten Satze, dass Schenkungen an die Kirche zum Heil der Seele dieser Form nicht bedürfen. Diese Ausnahme war zu Gunsten der Kirche gemacht worden (nec thinx nec launigild impedire devit, eo quod pro anima factum est), aber sie äusserte bald eine der Kirche ungünstige Wirkung, indem schon seit der Mitte des 8. Jahrhunderts die Uebung überhandnahm, dann auch die dem thinx eigenthümliche Wirkung der Unwiderruflichkeit fallen zu lassen und solche Vergabungen als jeder beliebigen Abänderung und Aufhebung unterworfen zu behandeln. Während z. B. im Jahre 740 ein Schenker sich vorbehält, ut dum advivere meruero omnia in mea volo esse potestatem rebus meis elemosina porrigendi vel ancillas livertandi faciendi quidquid voluero, nam non aliter alienandi de suprascripta res mea (Mem. di Lucca IV a Nr. 41), wird später geschenkt in tali tenore ut dum ego advivere meruero omnis res mea in mea sit potestate iterum judicare, vindere, donare et in omnibus dispensare qualiter voluero, post vero decessu meo quidquid ex omnibus rebus meis non vinduta aut non donata remanserit, volo ut sit in potestate ecclesiae (beispielsweise Mem. di Lucca, IV a, No. 57. 61. 63. 76. 86. 89.). Damit war dem römischen Testamentsrechte der weiteste Vorschub geleistet, und Karl d. Gr. sah sich veranlasst, dieser Uebung entgegenzutreten, indem er durch Cap. Ticin. v. 801 (Pertz, I, p. 83) c. 1 bestimmte, dass Schenkungen pro salute animae spätere Verfügung über das Gut ausschliessen. Das Motiv, das Karl d. Gr. zu dieser Vorschrift führte, ist nicht leicht zu begreifen, da sie in die langobardische Rechtsentwicklung etwas willkürlich einschneidet. Ich kann mit Beseler (S. 127) und Ficker (Forschungen I, p. XXXVI) nur vermuthen, dass Karl eine ungenügende Vorstellung von derselben hatte und die durch den thinx vorbereitete, nachher noch erweiterte Möglichkeit der Vergabung auf den Todesfall nicht kannte, wie sie ja eben in Franken und diesseits der Alpen nicht anerkannt war. Daher war die Wirkung dieses Capit. wohl nicht die beabsichtigte. Blos jener Vorbehalt der freien Verfügung verschwindet fortan aus den Urkunden, dagegen im Uebrigen ändert sich der Character dieser letztwilligen Vergabungen nicht und namentlich bleibt ihnen die Eigenschaft, dass sie für die Erben verbindlich sind, auch wenn der Erblasser zeitlebens im Besitz des Guts geblieben ist. Hier ist der grosse Unterschied gegenüber dem Rechte der in Deutschland wohnenden Stämme, wie er scharf hervortritt, wenn wir z. B. jener Urkunde bei Meichelbeck No. 345, wo sich der Bischof dem Erben gegenüber auf Bitten und Ermahnen verlegt, die Urk. in Mem. di Lucca, V b. No. 661 entgegenhalten: es ist ein Process zwischen der Kirche S. Maria zu Campoli gegen zwei Brüder Rachiprand und Andreas, welche beklagt sind, quod abent injuste rebus qui fuit quondam Racchisi, quas legibus pertinens ecclesiae S. Mariae. Die Brüder verantworten sich: sie besässen von Rechts wegen, eo quod

ipse Racchisi noster fuit propinquiores parentes, et legibus per eius subcessionem omnes res eius nobis pertinet ad hereditandum. Die Replik wendet ein: de rebus qui fuit Racchisi nulla abere debetis, eo quod ipse Racchisi suam portionem offeruit ecclesiae S. Mariae per cartula, et ecce cartula. Nun erklären die Beklagten, gegen diese Urkunde ihr Recht nicht behaupten zu können.

Es fragt sich nun aber, in welchem Verhältnisse zu dieser langobardischen Rechtsübung die zwei Cap. von 803 und 817 stehen, welche doch auf der entgegengesetzten Rechtsanschauung beruhen. Obschon dieselben in den liber Papiensis aufgenommen sind, so können sie doch nicht in diesem Punct einen wirklichen Einfluss geübt haben. Von dem Capit. des Jahres 803 war für Italien nur practisch die Bestimmung, dass einer, der vor einem Feldzug ein Gut in treue Hand gelegt hat, nach glücklicher Rückkehr dasselbe zurückfordern kann. Diese Fälle waren, wie aus den oben S. 474. mitgetheilten Beispielen ersichtlich, in Italien ebenfalls häufig, und darum ist auch jenem Gedanken Ausdruck gegeben in einem Satze, der, wenn auch nach Boretius (S. 181) unecht und daher von Pertz fälschlich unter die Capit. Langob. aufgenommen (Pertz, I, p. 193, c. 14), immerhin eine geltende Rechtsgewohnheit ausspricht. Dagegen der übrige Inhalt des Cap. v. 803, d. h. die Bestimmung, dass Schenkungen nicht im Ausland können gemacht werden, sondern domi, zu Hause, d. h. eben mit Investitur verbunden, um stabiles zu sein, das war den Italiänern, die schon längst den donationes post obitum volle Rechtsbeständigkeit ertheilt hatten, unverständlich, darum auch die Glossatoren und Commentatoren des liber Papiensis an dem „domi" herumdeuteten und domui daraus machten, d. h. ecclesiae (traditionem faciat), was freilich zu einer Trivialität führte (Pertz, IV, p. 507). Wie wenig ferner die lombardische Jurisprudenz mit dem Cap. Hlud. v. 817 anzufangen wusste, erhellt aus der Expositio dazu (Pertz, IV, p. 526) aufs Deutlichste. Es ist kein Zweifel, dass diese Bestimmungen, obschon mit der Prätention eines capitulare generale erlassen, nur die fränkischen und deutschen Verhältnisse im Auge hatten, dagegen die langobardischen unberücksichtigt liessen.

Excurs II.

Die Beschränkung der Eigenthumsverfolgung bei Fahrnis und ihr rechtliches Motiv.

(Siehe § 5, S. 92).

Ssp. II, 60, § 1: Svelk man enen anderen liet oder sat perde, oder en kleid, oder ienegerhande varende have, to svelker wis he die ut von sinen geweren let mit sime willen, verkoft sie die, die sie in geweren hevet, oder versat he sie, oder verspelet he sie, oder wert sie ime verstolen oder afgerovet; jene die sie verlegen oder versat hevet, die ne mach dar nene vorderunge uf hebben, ane uppe den, deme he sie leich oder versatte.

Der hier ausgesprochene Rechtssatz ist klar und zweifellos. Wer eine ihm gehörige bewegliche Sache in fremde Hand giebt, kann sie bei einem Dritten nicht vindicieren, mag sie an diesen letztern in Folge Rechtsgeschäfts durch Uebergabe, oder in Folge Vergehens durch Entwendung oder diebliches Behalten gelangt sein. Nicht im Reinen ist man über das Motiv dieses Satzes. Eine weitverbreitete Ansicht geht dahin: in der Uebertragung des Besitzes liegt auch ein Aufgeben der rechtlichen Herrschaft über die Sache. Die nothwendige Consequenz daraus hat Albrecht zu ziehen gewagt, indem er erklärte, aus der Gewere entspringe die Mobiliarklage, sie sei das Fundament derselben, diese Klage sei eine dingliche und ausser ihr gebe es keine andere in rem actio. Wie sehr diese Ansicht der Auffassung der Gewere als eines eigentlichen Rechts Vorschub leistet, leuchtet ein. So sehr ist das der Fall, dass die spätern selbst darüber erschrocken sind und jenen Satz durch ein „wesentlich", „vorwiegend", „gewissermassen" eingeschränkt, damit aber auch principiell werthlos gemacht und jedenfalls ihre völlige Rathlosigkeit kundgegeben haben. Ich habe in der auf S. 92 erwähnten Gelegenheitsschrift, auf deren nähere Ausführung ich für manches im Folgenden kürzer Berührte ein für alle mal verweise, die Gegenmeinung aufgestellt, dass das Motiv jenes Satzes kein civilrechtliches, sondern ein processualisches ist: nicht weil der Eigenthümer durch Ausleihen der Sache mit und in der Gewere auch sein Eigenthum aufgiebt, kann er nicht gegen Dritte klagen, sondern weil

das executivische Verfahren des altdeutschen Processes überhaupt keine Eigenthumsklage in römischem und modernem Sinne ausgebildet hat, ist dem Eigenthümer eine Klage versagt.

Der erste Irrthum der alten Ansicht liegt in der Auffassung der Anevangsklage als einer actio in rem, während die Klage gegen den Commodatar u. s. f. eine persönliche sei. Wie aber das deutsche Recht in seinem Klagensystem den Unterschied von persönlichen und dinglichen Klagen überhaupt nicht kennt, so ist speciell der Anevang an sich keine besondere Klagenspecies, etwa eine nur gegen dritte Inhaber der Sache, nicht gegen den Commodatar selber verwendbare Vindication, sondern nur eine prägnante äussere Form, durch welche die Klage um Gut unter Umständen, namentlich bei Gefahr der Abläugnung des Besitzes durch den Beklagten, eingeleitet wurde, mochte sie sich nach unsern Begriffen als vindicatio gegen den Dieb oder dessen Rechtsnachfolger, oder als actio emti gegen den Verkäufer, oder als actio commodati gegen den Commodatar darstellen.

Zweitens bewegt man sich bei Untersuchung dieser Frage regelmässig in zu engem Gesichtskreise. Nicht nur bei anvertrautem Gut fällt die Verschiedenheit in Behandlung der Liegenschaften und der Fahrnis eben hinsichtlich der Zulassung der Klage des Eigenthümers in die Augen, sondern auch bei Kauf: wer Käufer einer beweglichen Sache geworden ist, welche der Verkäufer, bevor er sie ihm tradiert hat, an einen Dritten veräussert und übergiebt, hat keine Klage gegen diesen Dritten auf Herausgabe[1]. Bei Grundstücken ist es nach beiden Richtungen anders: wie der Eigenthümer ein Gut, das sein Lehnsmann einem Dritten zu Eigen übergeben hat, von diesem einklagen kann, so erzwingt auch der Erwerber eines Grundstücks, welches der Veräusserer vor Vollziehung dieses Kaufs weiter veräussert, gegen den in Besitz eingewiesenen zweiten Erwerber auf dem Klagewege die Herausgabe, wie wir schon oben in § 2 an vielen Beispielen gesehen haben. Im Process um Grundstücke muss der Beklagte, ohne dass gefragt wird, wie der Kläger des Guts verlustig geworden sei, seinen Gewährsmann stellen und das Gut herausgeben, wenn dieser letztere dem Kläger gegenüber dazu verpflichtet ist, im Mobiliarprocess dagegen kann der Beklagte, wenn er nicht aus eigner Vertragsverpflichtung zur Herausgabe genöthigt ist, überhaupt nur auf Grund der Thatsache, dass dem Kläger die Sache wider seinen Willen weggekommen sei[2], zur Antwort angehalten werden, und solang Kläger diese Behauptung nicht aufstellt, wehrt sich der Beklagte der Antwort, braucht sich gar nicht auf Rechtfertigung seines

[1]) Es ist interessant, dass schon P. de Fontaines in Bezug auf diesen Fall das von den Neuern für das anvertraute Gut verwendete Motiv angiebt: XVII, 18 sagt er, der erste Käufer könne gegen den besitzenden zweiten nicht klagen, puisqu'il n'ot onques la seisine des choses, sans quoi nus n'aquiert la seignorie. Wer diesen Schriftsteller kennt, weiss, wie wenig Gewicht ihm gerade in solchen Fragen beizulegen ist.

[2]) Man vergl. z. B. Rozière, No. 453: quasi servo suo una cum raupa sua post se fugitivos pedes recipisset vel post se reteneret indebite.

Besitzes einzulassen, und Kläger wird von vorneherein ohne Rücksicht auf sein materielles Recht zurückgewiesen.

Warum, muss man sich fragen, haben die Deutschen nicht auch bei Klage auf Fahrnis dasselbe Verfahren angewendet wie bei Processen um Grundstücke? Was bestand für ein Grund, bei Mobilien die Frage nach der Rechtmässigkeit des Besitzes des Beklagten mit derjenigen der Veräusserungsbefugniss seines Autors nicht zu identificieren, wie es bei Grundstücken geschah, ja sogar nach dem rechtmässigen Besitz des Beklagten in erster Linie gar nicht zu fragen? Man wird, wenn man diese Fragen weiter verfolgt, davon abgelenkt, einen aus materieller innerer Verschiedenheit der Rechte an Liegenschaften und an Fahrnis herzuleitenden Grund zu suchen, und auf ein mehr formelles, processualisches Motiv hingewiesen. Es muss sich die Wahrnehmung aufdrängen, dass der Immobiliarprocess höher ausgebildet ist als der Mobiliarprocess, und zwar namentlich hinsichtlich des Beweisverfahrens, dessen Vervollkommnung ein wesentlicher Antheil an seinem symmetrischen Aufbau zukommt. Das führt zu der Thatsache zurück, dass der Process über Fahrnis seine Wurzel in einem ältern Rechtszustande hat, welcher namentlich das Beweisverfahren nur in höchst bescheidenem Umfange kannte und die Beschränkung der Mobiliarklage aus der formalen Structur seines Processrechts heraus mit innerer Nothwendigkeit erzeugte, während sich der Immobiliarprocess wesentlich erst zu einer Zeit ausbildete, wo dieses altgermanische Verfahren untergegangen war und ein neues Processrecht sich entwickelte, welches viel eindringlicher der Feststellung der materiellen Grundlagen des Streitverhältnisses seine Aufmerksamkeit zuwendete. Hierin finde ich das Motiv für die Beschränkung der Eigenthumsverfolgung bei Fahrnis, was ich nun im Folgenden noch näher ausführen möchte.

Dass der Process der Lex Salica uns eine frühere Entwicklungsstufe als der Process der übrigen Volksrechte vor Augen stellt, ist seit Sohm keinem Zweifel unterworfen. Ich nehme daher dieses älteste uns überlieferte germanische Processrecht zum Ausgangspuncte. „Der Process characterisiert sich dadurch, dass er vorwiegend Zwangs- und nicht Beweisverfahren ist“ (Sohm, Proc. der l. Sal. Vorr. VII), oder um mit einer Erscheinung des schweizerischen Rechtslebens zu vergleichen, dass er Schuldbetreibungs- und nicht Civilprocessverfahren ist. Die schweizerischen Schuldentriebgesetze sind nichts anders als eine Uebertragung von lex Salica tit. 50 § 1 und tit. 52 in die moderne Behandlungs- und Ausdrucksweise. Wer eine Schuldverpflichtung nicht erfüllt (einer übernommenen Zahlungspflicht nicht nachkommt oder der Verbindlichkeit zur Herausgabe einer Sache nicht Genüge leistet), wird nicht vor den Richter geladen, sondern sofort betrieben, d. h. aussergerichtlich zur Zahlung oder Leistung aufgefordert, und wenn er innert bestimmter Frist keine Folge leistet, ausgepfändet. So beginnt auch nach der lex Salica das Verfahren gegen den säumigen Schuldner mit

der Zahlungsaufforderung, testatio, an die sich die Execution durch Verhängung des Arrests und (aussergerichtliche) Pfändung schliesst. Es tritt aber dieses Verfahren ein bei fides facta, d. h. bei dem in solenner Weise eingegangenen und in besonders strenge executivische Form gebrachten Gelöbniss der Erfüllung einer Verpflichtung, und bei res praestita, d. h. in den Fällen, welche den römischen Realcontracten entsprechen, wo eine Verpflichtung zur Rückgabe einer anvertrauten Sache schon in Folge des Empfangs derselben besteht. Denn das natürliche Feld des Betreibungsverfahrens ist das Gebiet der Schuldverhältnisse, indem eine persönliche Rechtsbeziehung zwischen Betreibendem und Betriebenem Voraussetzung desselben ist. Und je einfacher der Schuldverkehr germanischer Zeit war, je ausschliesslicher er sich in den paar Formen der fides facta und res praestita abwickelte, desto leichter konnte man nach dieser Seite ein eigentliches Civilprocessrecht entbehren und mit der Betreibung auskommen. Ja es ist sogar möglich, dass der älteste Rechtszustand kein anderes civilrechtliches Verfahren kannte als das der Betreibung, und daher in den Fällen, für welche solche nicht passte, Anfangs gar kein Civilrechtsmittel an die Hand gab und im Lauf der Zeit ein solches in nothdürftigster Weise an das Betreibungsverfahren anknüpfte. Dafür spricht wenigstens, dass gerade das Verfahren in dem für unsere Frage erheblichen Falle, die Mobiliarverfolgung gegenüber dritten Besitzern, so wie sie in der lex Salica normiert ist, sich durchaus an das Betreibungsverfahren anlehnt.

Die tit. 37 und 47 der lex Salica behandeln dieses sog. Intertiationsverfahren, leider nicht so klar und ausführlich, wie wir es wohl wünschen möchten. Doch geht daraus hervor, dass keinesfalls eine Untersuchung des klägerischen Rechts an der Sache eintritt. Das Verfahren selbst ist verschieden, je nachdem die Sache, die dem Kläger durch Diebstal oder Raub oder Verheimlichung vorenthalten wird, innert drei Tagen nach dem Diebstal u. s. f. oder später von dem nacheilenden Kläger ist entdeckt worden. Die dreitägige Frist ist bekanntlich dem alten Recht nach verschiedenen Seiten geläufig. Von der mit der Dauer des echten Dings zusammenhängenden sessio triduana bei Auflassung von Grundstücken will ich nicht reden; die lex Baiuw. giebt dem Käufer eines Thiers drei Tage Zeit zur Redhibition wegen eines Mangels. Hier, in unsrer Anwendung, schliesst sich die dreitägige Frist wohl am ehesten daran an, dass in dieser Zeit noch handhafte That angenommen wird. Wie dem auch sei, der Kläger ist bei Auffindung der Sache in den ersten drei Tagen viel besser daran als nachher. Im ersten Falle liegt der Ausgang des Processes in seiner Hand. Zwar dass er gar nichts hätte thun müssen als vom Gericht die formale Bewilligung der Wegnahme zu erwirken, wie Sohm annimmt, erscheint mir zweifelhaft; andererseits kann auch die Erklärung von Bethmann-Hollweg (Gesch. des Civilprocesses, IV, S. 482) nicht recht befriedigen, wonach das per tercia manu agramire heissen soll: mit drei Zeugen schwören, dass er vor

drei Tagen die Sache noch besessen. Selbst wenn die tercia manus auf den Dritthandseid zu beziehen ist, so würde die Stelle doch nur sagen: er soll selbdritt geloben; aber per tercia manu agramire einfach für agramire ut tercia manu juret se rem furto perdidisse zu nehmen, ist doch kaum gestattet. Wenn wir aber das per tercia manu als gleichbedeutend mit de tercia manu annehmen dürfen, so hat die Stelle jedesfalls den Sinn, dass der Kläger durch fides facta verspricht, am nächsten Gerichtstag die Sache zu vertreten, sich zu ihr zu ziehen, wofür eine sehr einfache Procedur zu vermuthen ist, vielleicht der Einhandseid des Klägers darüber, dass die Sache innert der letzten drei Tage bei ihm weggekommen sei. Im andern Falle, bei Verzögerung des Auffindens der Sache über drei Tage hinaus, darf der Beklagte de tercia manu agramire und übernimmt seinerseits die Rechtfertigung seines Besitzes sei es durch Nachweis originären Erwerbs, sei es durch Stellung seines Gewährsmanns, der die Verantwortung weiter auf seine Vormänner leitet.

Mag man nun aber die dem Kläger bei Auffindung der Sache in den ersten drei Tagen obliegende processualische Pflicht auf Null reducieren oder auf einen Eid mit oder ohne Eideshelfer beschränken, so viel ist klar, dass der Kläger in diesem Falle unendlich besser gestellt ist als der Beklagte bei Entdeckung der Sache erst nach drei Tagen. Dort hat der Kläger keinerlei Beweis über sein Recht an der Sache zu führen, hier muss der Beklagte sich über seinen Erwerb aufs Strengste ausweisen. Aber auch im letztern Fall kommt es zu keiner Cognition über das Recht des Klägers, sondern das Verfahren, insonderheit das Zurückgehen von Gewährsmann auf Gewährsmann, dient nur dazu, festzustellen, ob die Sache wirklich auf unrechte Weise dem Kläger (mag er Eigenthümer gewesen sein oder nicht) abhanden gekommen ist. Das Verfahren also, im ersten Fall rein executivisch, reine Betreibung, tritt im zweiten nur halb, nur einseitig aus der Betreibungsform heraus, nicht soweit, dass Kläger sein Recht an der Sache zur Verhandlung und Untersuchung bringen müsste, sondern nur soweit, dass Beklagter seinen Erwerb nachweisen muss, und falls dies nicht gelingt, so greift der Kläger wieder zu seinem ursprünglichen executivischen Weg zurück. Wenn nun aber jedesfalls feststeht, dass in beiden Fällen auf das materielle Recht des Klägers an der Sache nichts ankommt, sein Eigenthum oder sonstiges dingliche Recht gar nicht in Betracht gezogen wird, so folgt schon daraus, dass die Beschränkung des Klagrechts nicht durch ein aus dem materiellen Recht des Klägers hergenommenes Motiv, also nicht durch das angebliche Motiv des in der Besitzübergabe liegenden Verzichts auf das Eigenthum hervorgerufen war. Dieses negative Resultat findet nun sein positives Gegenstück in dem eben Entwickelten: das Motiv der Beschränkung liegt darin, dass der Angriff des Ansprechers executivischer Natur ist und also auf executivischem Titel beruhen muss. Was aber ist dieser executivische Titel? Er muss ein solcher sein,

der eine Untersuchung des klägerischen Rechts an der Sache unnöthig macht, und dieses Requisit ist nur erfüllt, wo einer aus fides facta die Tradition einer ihm gelobten Sache, oder aus res praestita die Rückgabe eines geliehenen Gegenstandes fordert, und der Beklagte diese seine Vertragspflicht nicht läugnen kann, oder wo der Kläger verlangt, dass eine widerrechtlich aus seinem Besitz gekommene Sache ihm zurückgegeben und so das vorher bestandene Verhältniss wieder hergestellt werde, ohne Rücksicht auf seinen Rechtsanspruch. Die historische Entwicklung aber lässt sich auf folgende Weise denken.

Man darf vielleicht annehmen, dass ein civilrechtliches Verfahren ursprünglich nur aus fides facta und res praestita stattfand, dagegen für die Verfolgung von abhanden gekommener Fahrnis unbekannt war. Das ist freilich nicht nachweisbar, auch sind die von Renaud (Zeitschr. f. R.W. u. Gesetzgebung des Ausl. Bd. XVII, S. 140 ff.) dafür angeführten Gründe, hauptsächlich derjenige der Werthlosigkeit der Fahrnis, jedesfalls unerheblich, dagegen wird es mir dadurch wahrscheinlich, dass das Intertiationsverfahren schon nicht mehr den reinen Betreibungscharacter, sondern eine Zwitternatur zwischen Betreibung und Process hat, folglich erst einer spätern Zeit seine Entstehung verdanken dürfte. Darf man das annehmen, so war ursprünglich die Verfolgung widerrechtlich entzogener oder vorenthaltener Fahrnis nur auf dem Wege des Delictsprocesses möglich, indem gegen den Dieb oder Räuber, oder was das Gleiche war, gegen den, der eine gefundene, zugelaufene, zugeschwemmte Sache dieblich behielt, nur die Delictsklage zulässig war, womit ja auch Ersatz der Sache sich verband. Diese Delictsklage nun stand naturgemäss nicht dem Eigenthümer, sondern dem Pfandinhaber, Depositar, Commodatar u. s. f. zu und das Ed. Liutpr. 131 giebt hiefür einen sehr plausibeln Grund an: die ruptura casae, d. h. die Frage, bei wem das Verbrechen durch Einbruch in das Haus und Bruch des Hausfriedens ist verübt worden, entscheidet für das Klagrecht. Dem analog wird auch die Civilklage behandelt, mag sie nun von Anfang an bestanden haben oder erst im Laufe der Zeit neben die Delictsklage gestellt worden sein: der Vertrauensmann ist einzig dazu berechtigt und auch ihrem Ziele nach einzig dazu befähigt, denn wie sie executivischer Natur ist, so geht sie nicht auf Feststellung eines materiellen Rechts des Klägers, sondern nur auf Wiederherstellung des vor der ruptura casae bestandenen Verhältnisses. Darüber hinauszugehen und dem Eigenthümer auch eine Klage auf Grund seines Eigenthums zu geben, dazu war kein Raum in dem altgermanischen Betreibungssystem und keine Veranlassung in practischen Bedürfnissen, wie wir bald sehen werden. Wie das im Verhältniss zur Delictsklage consequent ist, so stimmt es auch zu dem Verfahren ex re praestita. Denn kein Zweifel ist, dass auch der Pfandgläubiger, der Commodatar u. s. w., der eine ihm anvertraute Sache weiter versetzt oder geliehen hatte, den Inhaber auf Rückgabe ex re

praestita betreiben konnte [1]), und zwar einzig, mit Ausschluss des Eigenthümers; und wie er so bei freiwilligem Weiterleihen allein den Rechtsweg gegen den Besitzer einschlagen konnte, so war er auch allein zur intertiatio befugt, wenn die Sache bei ihm war gestohlen worden. Endlich, wie der Eigenthümer in diesen Fällen, wo der Vertrauensmann die Klage hatte, ohne Klagrecht war, so blieb er auch ohne solches dann, wenn der Vertrauensmann sich selber um das Klagrecht gebracht hatte, indem das Recht eben in diesem Falle nicht über die executivische Structur der Rechtsverfolgung hinausschritt noch ein neues Princip für dieselbe sanctionierte. Der Ausgangspunct der deutschen Rechtsbildung in unsrer Frage ist daher der Satz, dass es überhaupt kein aus Eigenthum oder sonstigem dinglichen Rechte entspringendes Klagrecht, sondern nur ein aus Gelöbniss, Leihe und unfreiwilligem Verlust hervorgehendes Betreibungsrecht giebt: nicht darum kann der Eigenthümer nicht vindicieren, weil er Vertrauen geschenkt hat, oder weil er freiwillig im Besitz das Eigenthum aufgegeben hat, sondern weil in dem engen Kreise der Betreibung kein Raum ist für eine nur bei Untersuchung des materiellen Rechts denkbare Vindication. Und wenn man sich die Sache bisweilen so zurecht legt, dass man sagt: weil der Eigenthümer die Sache nicht vindicieren kann, so ist die Vindication (mit oder ohne Veränderung der Klagformel) dem Vertrauensmann gegeben, so kehren wir den Satz lieber um und sagen: weil das executivische Verfahren nur ein Vorgehen des Vertrauensmannes möglich macht, so ist der Eigenthümer von der Rechtsverfolgung ausgeschlossen. Ich meine so: das Principale ist nicht die Absicht, den Eigenthümer von der Rechtsverfolgung auszuschliessen, sondern das Bestreben, die Rechtshilfe (freilich in der damals einzig möglichen Form der Betreibung) zu erweitern. Es handelt sich also im germanischen Recht nicht um eine Beschränkung der Eigenthumsklage, aus dem einfachen Grunde, weil es überhaupt keine Eigenthumsklage gab, sondern um eine Ausdehnung der Betreibung von den Fällen der res praestita und fides facta auch auf die Fälle unfreiwilligen Verlusts. Man verkennt das alte Recht, wenn man immer nur mit dem Gedanken der Beeinträchtigung des Eigenthümers an diese Frage herantritt und solche Motive in dasselbe hineinträgt, anstatt von der andern Seite her die Frage anzufassen, von der Seite, wie ein Betreibungsverfahren den Bedürfnissen gerecht werden und genügen konnte.

Wie nun aber die ganze innere Structur der Mobiliarklage als einer executivischen, dem Betreibungsprincip entsprungenen Rechtshilfe, welche

[1]) Trotz der scheinbar beschränkenden, weil nur den regelmässigen Fall ins Auge fassenden Stelle der lex Salica tit. 52: Si quis alteri aliquid praestiterit de rebus suis. Wenn dagegen Beaumanoir XXXVIII, 2 mit dürren Worten den Satz ausspricht: Se j'ai un ceval loué, il me loist bien à prester loi ou à louer à mon voisin, so ist in dieser Berechtigung zum Weiterleihen nothwendig auch das Klagrecht auf Rückgabe eingeschlossen.

eine Prüfung des materiellen Rechts des Ansprechers an der Sache bei Seite liegen lässt, zu dieser (ich darf nach dem eben Bemerkten kaum mehr sagen: Beschränkung ihrer Anwendbarkeit, sondern vielmehr) ihrer Begründung in der Person des unmittelbar Betroffenen führte, so auch die äusserliche Form, in welcher sie eingeleitet wurde. Das Verfahren wird hervorgerufen und angebahnt durch die Verfolgung der Spur, durch das minare vestigium. Je wichtiger es für den Verfolger ist, dass er möglichst bald, jedesfalls vor Ablauf der ersten drei Tage, die Sache finde, desto rascher muss auch die Verfolgung eingeleitet werden. So ist es naturgemäss nicht der vielleicht auf entferntem Hofe wohnende Eigenthümer, sondern der, aus dessen Gewere die Sache ist entführt worden, welcher schleunig seine nächsten Nachbarn aufbietet und der Sache nacheilt; er ist die in erster Linie zur Execution geeignete Persönlichkeit, wie er aus innern Gründen die zunächst berechtigte ist. Es ist nicht zufällig, dass die beliebte französische Fassung des bezüglichen Rechtssprichworts: biens meubles n'ont point de suite (mobilia non habent sequelam, Habe hat kein Geleit) an diesen äusserlichen Umstand anknüpft: der Eigenthümer hat die Spurfolge der Sache nicht, das executivische Vorgehen ziemt dem, welcher unmittelbar von dem Verluste betroffen ist.

Denn, und darauf leitet die letzte Bemerkung, es ist nicht zu übersehen, dass diese Knappheit des Processes in alter Zeit kaum als Uebelstand und Nachtheil für den Eigenthümer empfunden wurde. Ihm blieb die energische Hilfe der Betreibung aus fides facta gegen den Verkäufer, der die Sache ungehörig nochmals veräussert hatte, aus res praestita gegen den Empfänger, der sie sich hatte entgehen lassen. Je einseitiger und strenger ihm diese Rechtshilfe zu Gebot stand, desto weniger war ein Bedürfniss für ausserordentliche Mittel. Es ist schon die mit der formalen Strenge so ungezwungen sich verbindende Behaglichkeit des germanischen Rechts, welche das weitläuftige und schwierige Intertiationsverfahren mit seinem Zurückgehen von Gewährsmann auf Gewährsmann nicht einführen wollte, wo schliesslich doch der Process zu dem zurückkehrte, der schon in erster Linie konnte haftbar gemacht werden: je formaler der Rechtsgang, desto weniger Auswahl besteht unter mehreren Rechtsmitteln; wir begegnen auch hier der von Ihering betonten Sparsamkeit im Recht, ein einfacher Process weist einen bestimmten Weg und lässt nicht die Wahl unter mehreren Klagen. Weiter aber war mit der Erhebung des Anevangs immer Mühe und Gefahr verbunden, die Spurfolge verlangte Vorsicht und Tact, man lief Gefahr, in ein Haus einzudringen, auf das eine falsche Fährte geführt hatte, und dann Busse an den Hausherrn zahlen zu müssen [1]. Auch von dieser Seite war es viel bequemer für den Eigenthümer, seinen Schuldner zu betreiben und ihm die Sorge für Wiederherschaffung der Sache zu überlassen. Wendet

[1]) Belege bei Sohm, Process der l. Sal. S. 67, Note 7. Auch lex Burg. 83, 2.

man aber ein, es sei für den Eigenthümer dieser Vortheil völlig geschwunden bei Insolvenz seines Schuldners und die Beschränkung der Rechtsverfolgung ihm dann doch sehr fühlbar geworden, so dürfte vielleicht dieser Einwand mehr den heutigen Verhältnissen und Anschauungen entsprechen als den germanischen. Im heutigen Verkehr, zumal im Handelsverkehr, ist der Grundsatz „Hand muss Hand wahren" vorwiegend als Schutzmittel des gutgläubigen Erwerbers gegen Vindicationen veruntreuter Waaren und als Benachtheiligung des Eigenthümers, dessen Vertrauensmann insolvent geworden ist, aufgefasst; ich zweifle, ob man diese Verhältnisse auf das alte Recht übertragen darf: es handelte sich meist um Sachen, die von dem Vertrauensmann wieder aufgebracht und ersetzt werden konnten. Ausserdem wurde es mit der Pflicht des Leiheempfängers, Aufbewahrers u. s. w. zur Wiederbeschaffung der Sache selbst bei Diebstal viel strenger genommen als heut zu Tage. Man darf vielleicht annehmen, dass das germanische Recht gar keine Entschuldigungsgründe für den Commodatar u. s. w., bei dem die Sache zu Grunde gegangen war, berücksichtigte; es dürfte dies nicht nur in Rücksicht der formalen Betreibung aus res praestita, womit solche Einwendungen schwer vereinbar sind, anzunehmen sein, sondern es scheint mir auch aus der beinahe schüchternen Weise, wie die Volksrechte solche Einreden zulassen, geschlossen werden zu dürfen [1]). Insonderheit wenn der Vertrauensmann die Sache durch Diebstal verloren hatte, war kein Zweifel, dass er dem Eigenthümer dafür unbedingt aufkommen müsse [2]), und dass es nicht nur sein Recht, sondern seine Pflicht sei, dem Dieb auf die Spur zu gehen und die Sache dem Eigenthümer wo möglich wieder in natura zu verschaffen. Dürfen wir dann etwa noch die Fälle von Diebstal beim Commodatar u. s. w. als die häufigeren, die von Veruntreuung durch denselben als die selteneren annehmen, so ergiebt sich, dass die Betreibung des Commodatars dem Eigenthümer regelmässig am nächsten gelegen hätte, auch wenn ihm eine Klage gegen den Besitzer offen gewesen wäre, und von dieser Seite betrachtet ist die Bemerkung Arnolds [3]) beachtenswerth: die Regel „Hand muss Hand wahren" erscheine eher als Folge der strengen Haftpflicht; wie denn auch Beaumanoir in der Fortsetzung der oben angeführten Stelle XXXVIII, 2 als Gegengewicht gegen die Verfügungsfreiheit des Vertrauensmanns dessen unbedingte Haftpflicht aufstellt: Mais de toutes les cozes prestées ou louées, se cil les met hors de se main qui les prent à loier, il demeure obligiés envers celi, qui li loua, de le coze rendre et du damace, s'il y est, et du loier qui fu convenenciés, und an einer andern Stelle (XXXI, 16) geradezu das Klagrecht des Miethers gegen den Dieb aus seiner Haftbarkeit gegenüber dem Vermiether ableitet: Se une coze est louée à

[1]) Z. B. lex Visig. V, 5, 1. lex Baiuw. XV, 1. 2. lex Burg. XLIX, 1. 2.

[2]) Lex Baiuw. XV, 4. Ed. Liutpr. 131. Die lex Visig. V, 5, 3 hat in dieser Hinsicht eine für den Commodatar günstigere Bestimmung.

[3]) Cultur und Recht der Römer, S. 327.

aucun et ele est emblée, le porsuite en apartient à celi qui le loua, *car* il est tenus au rendre le coze qui li fu louée.

Sollte ich irren, wenn ich diesen Gedanken in den ältesten uns aufbewahrten Anwendungen des Rechtssprichworts „Hand muss Hand wahren" ausgedrückt finde? Wenn die Statuten der Stadt Verden aus dem 14. Jahrhundert (Pufendorf, observ. iuris, I, app. p. 98) sagen: de idt ersten vorlenet oder versettet hefft, de waret sinen man, deme he idt gedan hefft, so ist dieses Wahren des Vertrauensmannes durch den Eigenthümer wohl nicht nur mit Albrecht (Gewere, S. 88, Note 187) und Hillebrand (deutsche Rechtssprichwörter S. 69) als „wahrnehmen, im Auge behalten" zu erklären, sondern als „festhalten, haftbar halten, garder", und darin liegt ausgesprochen, nicht dass der Eigenthümer in seiner Rechtsverfolgung verkürzt sei, sondern dass er unter allen Umständen seinen Contrahenten als verantwortlich festhalte und von ihm Wiederbeschaffung der Sache oder vollen Ersatz dafür verlangen könne. Auch die Anwendung des Rechtssprichworts in den friesischen Rechten und im Billwärder Recht steht unter dem gleichen Gedanken, dass wer eine Sache zur Aufbewahrung erhalten hat, unter allen Umständen dem Eigenthümer dafür hafte. Allerdings aber ist das „Wahren" dieser friesischen Rechte nicht mehr das *garder* der Verdener Statuten, sondern das *garantir* von Seiten des Vertrauensmanns. Spätere Quellen, so das revid. lüb. R. III, 2. 1 zeigen dagegen durch die Motivierung des Rechtssprichworts schon sehr bestimmt, dass man darin nicht mehr einen Vortheil des Eigenthümers, sondern eine sehr wesentliche Beschränkung seines Interesses erblickte, wie übrigens schon im Ssp. II, 60, § 1 dieser neue Gedanke im Vordergrund steht.

Die bisherige Ausführung muss nun aber ihre Probehaltigkeit dadurch bestehen können, dass nachgewiesen wird, wie die abweichenden Grundsätze des Immobiliarprocesses aus der fortschreitenden Entwicklung des Processes und dem Uebergang vom executivischen zum contradictorischen Verfahren mit Nothwendigkeit hervorgegangen sind.

In altgermanischer Zeit liess das Erbenwartrecht, das keinen Verkauf, und die genossenschaftliche Gleichberechtigung, die keine Leihe von Genossen an Genossen duldete, einen Rechtsverkehr an Grundstücken nicht aufkommen, und damit war auch weniger Veranlassung zu Rechtsstreitigkeiten und zu rechtlicher Normierung derselben gegeben. Dies änderte sich seit der Begründung neuer Reiche auf romanischem Boden, zumal seit dem Aufkommen der Vergabungen an Kirchen und der Precarie, dem Leiheverhältniss freier Leute. Für diese Fälle und die daraus entstehenden Rechtsstreitigkeiten bot die starre Form des alten Processes wenig Auskunft und beschränkte Rechtsmittel. Zwar liesse sich denken, dass man Anfangs wenigstens noch den Versuch gemacht hätte, wie im Mobiliarprocess so auch hier die executivische Grundlage festzuhalten und nur nach Massgabe des dringendsten Bedürfnisses eine causae cognitio

eintreten zu lassen, also z. B. dem Käufer eines Grundstücks nur die Klage aus fides facta gegen den Verkäufer, nicht eine Klage auf Tradition gegen einen späteren Erwerber zu geben. Das geschah nicht, und zwar aus dem Grunde, weil zu derselben Zeit (VI. Jahrhundert) das altgermanische Processrecht untergieng: das executivische (Betreibungs-) Verfahren machte einem unter Leitung des Gerichts geführten Verhandlungs- und Beweisverfahren Platz; zumal die Beweisführung tritt jetzt mit einer Bedeutung hervor, welche wesentlich dazu beiträgt, dem Process im Ganzen einen andern Character zu geben, und im Process um Grundstücke speciell stehen als Beweismittel die der germanischen Zeit unbekannten Urkunden obenan und bedingen vorwiegend den Ausgang des Rechtsstreits. Gerade in letzterer Hinsicht characterisiert das in dieser Zeit entstandene Gesetz des austrasischen Königs Childeberts II. (s. oben S. 6) den Wendepunct im altdeutschen Process. Das Gesetz, in seinen hieher gehörigen Bestandtheilen als tit. 59 und 60 der lex Ribuaria einverleibt, regelt die Abfassung der Urkunden bei Rechtsgeschäften über Grundstücke und deren Verwendung bei allfällig entstehenden Processen und führt recht eigentlich den Urkundenbeweis in principiell durchgebildeter Form neben die schon bekannten Beweismittel in das Recht ein. Und zwar kommt hier hauptsächlich in Betracht der § 8 des tit. 59, welcher sagt: Si quis interpellatus chartam prae manibus habuerit, nulla ei malo ordine invasio requiratur, quia dum interpellatur, respondeat ad interrogationes, et sine tangano loquatur et dicat: non malo ordine, sed per testamentum hoc teneo. Dieser Satz wird durch eine Menge von Beispielen illustriert, z. B.

Meichelbeck, Nr. 122: pater Wagoni portionem suam ad S. Corbinianum tradidit, unde et chartas traditionis eius in praesente attulerunt.

Muratori, Antiq. I, 495: habeo, sed non contra lege, eo quod ecce cartula, qualiter mihi quondam Eriprandi res dedit.

ibid. 537: quatuor pecias de vinea mihi dedit ad lavorandum quondam Ghisprando, et ecce livello abeo.

Monum. hist. patr. Chartarum I, p. 74: non contra legem, quia cartula firmitatis per manibus habemus.

Baluz. Capit. App. Nr. 98: teneo per cartas legibus factas, quas fecit Eldebertus.

Vaissette, hist. de Langued'oc, I, Nr. 88: retineo, quia scripturam emtionis habeo.

Zacharia, Anecdota p. 340 (auch Muratori, I, 973): non est veritas, eo quod ecce monimina prae manibus habemus.

Memorie di Lucca, IV b No. 22: avemus de res ipsa cartule.

ibid. App. No. 51: dixit quod cartulam inde aberet . . . et ecce ipsa cartula hic pre manibus abeo.

Nun ist es ja unzweifelhaft richtig, dass die Urkunde an sich, d. h. das beschriebene Stück Pergament, nicht Erwerbsgrund sein konnte

und auch nicht als solcher angesehen wurde, sondern ihr Inhalt den untadelhaften Erwerb constatieren musste. Streng juristisch betrachtet liegt also allerdings dem tit. 59, 8 der Gedanke zu Grunde: Berufung auf eine Urkunde (i. e. deren Inhalt) ersetzt die bisher übliche Vertheidigungsweise des Beklagten, welche je nach der Behauptung derivativen oder originären Erwerbs zur Stellung des Gewährsmannes oder zur Beibringung von Zeugen führt; also im letzten Grunde: Vorlegung einer carta ersetzt die bisher nothwendige Beweisführung durch Gewährsmann oder Zeugen, ist ein ebenso gutes Beweismittel als diese. Aber das Gesetz ist sich über diesen Unterschied zwischen Erwerbsgrund und Beweismittel nicht ganz klar geworden, es fasst die Sache so, als trete neben den Erwerb von einem Autor oder durch Occupation der Erwerb durch Urkunde, und als sei, weil die Vorlegung einer Urkunde vom Ziehen auf den Gewährsmann befreit, die Urkunde selber Erwerbsgrund. Und noch rückhaltloser zeigt sich die Auffassung der Urkunde als Erwerbsgrundes selber in Stellen der Volksrechte, welche das Recht am Gute durch Ausstellung der carta entstehen lassen, z. B. l. Alam. Hloth. I, 1: per cartam firmitatem faciat et super altare ponat, et proprietas de ipsas res ad illam ecclesiam in perpetuo permaneat (analog l. Baiuw. I, 1). l. Alam. Hloth. 19: Ut res ecclesiae de laicis absque carta nullus praesumat possidere, etc. lex Burg. tit. 99: si quis agrum . . . conparaverit, jubemus ut si non habuerit cartam ... pretium perdat (cfr. Papian, 35, 2). lex Burg. 43, 2: facta donatio *aut* conditum testamentum nullam habere poterit firmitatem. ibid. 51, 1: facultatem per scripturarum titulos transtullisse (weitere Anklänge an diesen Gedanken im Ed. Liutpr. 22, 29, 54, bes. 116 in fine). Diese Vermischung der Begriffe von Beweismittel und Erwerbsgrund ist aber für die Ausbildung des Immobiliarprocesses nicht einflusslos geblieben. Ebenso häufig als dem Beklagten stand nämlich auch dem Kläger eine Urkunde zu Gebote, in einer Menge von Processen steht Urkunde gegen Urkunde, und die lex Rib. tit. 60, 7 sieht ausdrücklich den Fall voraus, dass duo testamenta regum de una re einander gegenüberstehen. In solchen Fällen dient die klägerische Urkunde einerseits dazu, die Wirksamkeit der beklagterseits producierten zu zerstören, andrerseits zu unmittelbarer Geltendmachung eigenen Rechts. Damit ist der Process aus seiner alten executivischen Gestalt vollständig herausgetreten und auch die Prüfung des klägerischen Rechts in den Kreis des contradictorischen Verfahrens hineingezogen. Dass sich dieser Fortschritt an den Urkundenbeweis anknüpft, möchte sich eben aus der oben erwähnten Vermischung von Urkunde und Erwerbsgrund ergeben. Solang der Beklagte seinen Beweis mit Gewährsmann oder Zeugen führte, mochte dem Kläger zugelassen sein, sein Interesse durch Anfechtung der Beweismittel, etwa durch Beschuldigung der Zeugen, dass sie bestochen seien, zu wahren; gelang es, so war die Wirkung, dass Beklagter sein Recht nicht erwiesen hatte und nun die Sache herausgeben musste, aber das klägerische Recht blieb ausser

Frage. Jetzt aber dient die Urkunde des Klägers nicht nur dazu, das Recht des Beklagten zu zerstören, sie ist nicht nur Widerlegung des beklagtischen Beweismittels, sondern sie ist selbst Geltendmachung eines Erwerbsgrundes, zieht also die Untersuchung des klägerischen Rechts an der Sache in den Kreis des Processes. Denn sofort wie überhaupt der Gebrauch der Urkunden aufkommt, bemächtigt sich nicht nur der Beklagte derselben zur Vertheidigung seines Rechts, sondern auch der Kläger Behufs Begründung seines Anspruchs. Wie der Beklagte sich verantwortet: non malo ordine retineo, ecce carta, so greift auch der Kläger an:

Fumagalli, Nr. 81: quod Lupus detenerit injuste curte, quam legibus de datum et factum (d. h. kraft einer mit Angabe von Zeit und Ort der Ausstellung versehenen Urkunde) monasterio deberit pertinere.

ibid. Nr. 94: Vualpertus malo ordine introivit ad res nostras, quae parte monasterii obvenerunt per cartulam, et ecce cartulas ipsas hic pre manibus abemus.

Baluz. Capit. App. Nr. 118: jubete me audire curtes, . . . illas debent esse episcopo per praeceptum domni regis.

Vaissette, I, Nr. 88: Res, quas Petrus et uxor sua tradiderunt per ipsam scripturam, injuste retinet.

Bouquet, Script. IX, p. 706: res quas Bligardis per scripturam ecclesie donaverat, Genesius invasit.

Troya, Cod. dipl. Longob. V, p. 195: contra ordinem introisti in res quondam germani tui, eo quod ipse germanus per chartulam suae ordinationis instituit exenedochio.

Muratori, Antiq. I, 503: episcopatus detinet rebus quas mihi pertinere debent per istas cartulas.

Memorie di Lucca, IV b No. 3: quare . . . (etwa: contendis casas) ecclesie S. Silvestri? Et ecce livello ipsum pre manibus abeo.

Man kann sich nicht darüber wundern, dass so auch der Kläger den Vortheil des Urkundenbeweises für sich beanspruchte. Zwar ist nicht zu übersehen, dass der tit. 59 der lex Rib., noch unter dem Einfluss des hergebrachten Processrechts, ausschliesslich den Fall im Auge zu haben scheint, wo der Beklagte Besitzer der Urkunde ist und sie geltend macht, denn er heisst § 8 interpellatus, und in § 3 und 4 ist der, qui causam prosequitur, also der Kläger, als Nichtbesitzer der Urkunde und als Anfechter derselben gedacht. Aber da die Urkunden nun einmal den Zweck hatten, den Käufer oder Geschenkempfänger gegen Anfechtungen sicher zu stellen (haec donatio ut firmior sit, cartam scribere jussi), so ist es natürlich, dass nicht nur der Käufer, der von einem Dritten belangt wurde, davon Gebrauch machte, sondern auch der Beschenkte, dem etwa vom Erben des Schenkers die Herausgabe verweigert wurde. Und in beiden Fällen, mochte Beklagter oder Kläger

die Urkunde producieren, fiel das ganze Gewicht auf die Frage, ob die carta formell und materiell haltbar sei, so sehr, dass die Rechtfertigung, resp. Beseitigung der Urkunde das eigentliche Ziel war, auf das die Parteien ausgiengen, und nur mittelbar und in den Entscheid über die Rechtskraft der Urkunde eingeschlossen die Rechtsfrage selbst zur Erledigung kam. Auch von dieser Seite ist wieder ersichtlich, wie sehr in der Urkunde der Rechtserwerb selbst verkörpert erschien. Einen interessanten Beleg hiefür giebt die Art und Weise, wie der Fall behandelt wurde, wo beide Parteien Urkunden von demselben Autor vorlegten. Lebte der Autor noch, so hatte ihn der Beklagte beizubringen, aber nicht dazu, dass er ihm Gewährschaft für den Rechtserwerb leiste, sondern dass er sich zu der Urkunde bekenne und ihre Rechtsgültigkeit gegenüber dem Gegner durchfechte (testamentum defendere debet; l. Rib. tit. 59, 6). So ist die Thätigkeit des Autors Rechtfertigung des Beweismittels, und darin eingeschlossen Gewährschaft des Rechts. Ausser der oben S. 34 angeführten Urkunde bei Fumagalli No. 57 ist besonders auch Vaissette, I, No. 88 (ebenda, S. 34) bemerkenswerth: Das St. Johannis Kloster in Carcassonne als Kläger und Duvigild als Beklagter haben beide für ihren Anspruch auf gewisse Güter Urkunden desselben Veräusserers Namens Petrus. Dieser soll nun ipsas res ad Duvigildo autoricare, aber er erklärt: ipsam scripturam ego feci, sed legibus eam autoricare non possum, quia ego et uxor mea antea tradidimus res per scripturam donationis ad jam dictam casam Dei.

So ist man vermöge der Urkunden und des Urkundenbeweises mit Nothwendigkeit zu einer causae cognitio über das Recht des Klägers, der eine carta produciert, gelangt. Aber diese Behandlung der Urkunden konnte nicht vereinzelt bleiben. Schon der tit. 60 der lex Rib. sagt: kann einer nicht ein testamentum erlangen, so sichere er sich für künftig den Beweis durch Beiziehung von Zeugen. Also der Erwerber eines Grundstücks kann Zeugen in gleicher Weise wie Urkunden verwenden, nur sind sie insofern eine geringere Sicherheit, als durch Tod ihre Zeugnissablegung unmöglich wird und schon durch längere Zeit ihre Erinnerung kann geschwächt werden. Aber solang sie noch leben und ihrer Sache gewiss sind, leisten sie den gleichen Dienst wie eine Urkunde. Z. B. in dem Rechtsstreite bei Troya, Cod. dipl. Longob. V, No. 763, wo das Kloster Farfa gegen einen gewissen Campulus auf Herausgabe des fundus Mallianus klagt, und beide Parteien von demselben Eudo erworben zu haben behaupten, erklären die Mönche von Farfa: eo tempore quando Picco occisus est, indictione XII, casalis nobis traditus est, et ecce testimonia nostra qui sciunt sic fuisse. Da Beklagter erst später, im Mai der 13 Indiction, das Gut erworben zu haben erklärt, so haben die Zeugen der Kläger den Vorzug, gerade wie auch die carta anterior der carta posterior vorgeht, und auf ihre Aussage, quia nobis scientibus ipso tempore ipse casalis traditus est per Eudonem monasterio, wird nach langobardischem Beweisrecht die Klagpartei zur Beschwörung ihres Erwerbs zugelassen.

So erscheint in dem Immobiliarprocess die letzte Stufe des allmähligen Fortschreitens von der executivischen Betreibung zur contradictorischen Verhandlung erreicht. Nun drängt sich aber die Frage auf, warum die Mobiliarklage von dieser Umgestaltung des Processes nicht sei ergriffen worden, vielmehr unberührt von diesen neuen Ideen ihr altes Wesen beibehalten habe. In der That, was hinderte daran, auch bei Fahrnis gleichwie bei Immobilien das Recht des Klägers an der Sache als wirksames Element für die Untersuchung und Entscheidung zu verwenden, und auch hier mit dem executivischen Verfahren zu brechen? Der Grund für diese Zähigkeit des alten Rechts ist zweifelsohne darin zu finden, dass das, was bei Immobilien die Neuerung von selbst durchsetzte, der Gebrauch der Urkunden, bei dem Verkehr über Fahrnis fernerhin wie bisher ausgeschlossen blieb [1]). Auch die Zuziehung von Zeugen zu Rechtsgeschäften über Mobilien war kaum häufig, jedesfalls nicht Regel. So war im Mobiliarprocess fernerhin dem Beweisverfahren aus dem einfachen Grunde, weil die Beweismittel fehlten, eine enge Grenze gesteckt und damit auch die Veranlassung zu einer Ausdehnung des Klagrechts des Eigenthümers entzogen, da der bewegende Factor einer zur Untersuchung seines materiellen Rechts drängenden Beweisthätigkeit fehlte. Es blieb daher das alte Recht beschränkter Mobiliarverfolgung bestehen, weil kein Bedürfniss zu Umgestaltung des Processes in dieser Richtung führte, ein Ueberrest des germanischen executivischen Verfahrens mitten in einem mehr und mehr contradictorisch sich gestaltenden Process, und nur nach der einen Seite einem Einfluss der neuen Anschauungen unterworfen, dass die Unterscheidung der drei Tage und damit die Möglichkeit des rein executivischen Vorgehens des Klägers wegfiel. Je mehr man sich so von der alten Grundlage des Rechtssatzes entfernte, und sicher schon zur Zeit des Sachsenspiegels über dessen Motiv sich keine Rechenschaft mehr zu geben wusste, desto weniger war eine principielle Durchführung desselben möglich. Schon früh treten particularrechtlich Abweichungen und Ausnahmen auf [2]), wie sie beim Mangel einer Einsicht in den Ursprung des Rechtssatzes Billigkeitsrücksichten empfehlen mochten, Rücksichten, die um so mehr berechtigt schienen, als in Folge der veränderten Anschauungen über Haftpflicht für Zufall die Stellung des Vertrauensmanns zum Eigenthümer der Beschränkung der Eigenthumsverfolgung nicht mehr entsprach [3]). Darum wird es immer ein vergebliches Bemühen bleiben, aus den der Rechtsbücherperiode angehörenden Quellen ein in sich abgeschlossenes und consequentes System darzustellen: wo der leitende Grundgedanke in Vergessenheit gerathen ist, entfaltet sich in jedem noch so kleinen Rechtskreise freier Spielraum für Singularitäten.

1) Siehe auch Sohm, in der Zeitschr. für Rechtsg. V., S. 421 f.
2) Belege bei Goldschmidt, in seiner Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht, VIII, S. 254.
3) Stobbe, zur Gesch. des deutschen Vertragsrechts, S. 270 ff.

Eine solche weitverbreitete particularrechtliche Singularität ist die spätere Fassung des klägerischen Beweissatzes: „dass das Gut sein sei und dass es ihm abgeraubt oder gestohlen sei", z. B. Bamberger Recht § 110, Hamburger Stat. v. 1603, II, 8, 8. IV, 35. C. C. C. Art. 208. Hier ist in die Klage schon ein neues Element hineingetragen, das den alten Quellen fremd ist. Diese von der lex Salica bis zum Sachsenspiegel und noch spätere, sagen: Kläger ist der, aus dessen Gewere die Sache gekommen ist, d. h. einfach, der, dem die Sache abhanden gekommen ist, mag er Eigenthümer gewesen sein oder nicht; auf sein Recht an der Sache kommt nichts an. Dieser positive Satz weicht dem negativen: der Eigenthümer kann nicht klagen, wenn ihm die Sache nicht wider seinen Willen abhanden gekommen ist. Es ist die oben S. 493 angedeutete Umwandlung der Auffassung vollzogen: das alte Motiv (Ermöglichung der executivischen Rechtsverfolgung) ist vergessen über dem neuen Princip der Beschränkung der Eigenthumsklage, dessen Motive hinwiederum echt moderne sind, aber genau besehen eben doch auf den ursprünglichen Rechtssatz nie vollkommen passen, wie z. B. das Motiv des Schutzes des gutgläubigen Erwerbers so wenig als das Motiv des Vertrauenschenkens auf eigene Gefahr, den Ausschluss der Klage des Eigenthümers gegen den, der die Sache beim Commodatar gestohlen hatte, rechtfertigt. Man hat sich aber von jenem Gedanken, dass es eigentlich auf Beschränkung der Eigenthumsklage abgesehen gewesen sei, so sehr leiten lassen, dass darüber die Klagformel selbst zu eng ist gefasst worden, denn der Miether oder Commodatar u. s. f. behielt unzweifelhaft die Klage gegen den, der die Sache ihm entwendet hatte, obschon er nicht behaupten konnte, dass die Sache sein sei. Genau besehen ist das Motiv der Klage immer noch das alte: die Sache ist mir gestohlen, darum gieb mir sie zurück. Aber es ist getrübt durch die moderne Ausdrucksweise: die Vindication ist ausgeschlossen bei freiwilliger Hingabe der Sache.

BAYERISCHE STAATS-BIBLIOTHEK MUENCHEN

Berichtigungen und Druckfehlerverbesserungen.

S. 219 Z. 2 v. u. lies abgewonnen statt abgenommen.
S. 240 Z. 3 v. u. l. Tomaschek st. Toomaschek.
S. 242 Z. 9 v. o. l. wieder st. wider.
S. 253 Z. 18 v. o. l. die Dauer der Usucapionszeit st. den Beginn der Usucapionszeit.
S. 256 Z. 15 v. o. l. quod st. quos.
S. 407 Z. 11 v. o. l. grande das interdictum st. gra das intenderdictum.
S. 414 Z. 15 v. o. l. mit ihnen st. mit ihr.
S. 420 Z. 4 v. u. l. dem Verleiher st. den Verleiher.
S. 432 Z. 13 v. u. l. selbst st. Selbst.
S. 432 Z. 12 v. u. l. Stoffs st. stoffs.

Weimar. — Hof-Buchdruckerei.

Werner

Heusler, Andreas,

Die Gewere

Weimar 1872

J.germ. 87 al
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11008815-7